

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política I



TESIS DOCTORAL

Estudios Críticos del Derecho: visión holística

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Carlos Andrés García Velásquez

Directores

María Teresa García-Berrio Hernández
Juan Antonio Martínez Muñoz

Madrid, 2018

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política, I



TESIS DOCTORAL

Estudios Críticos del Derecho: Visión holística

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

Presentada por:

Carlos Andrés García Velásquez

Directores:

Dra. María Teresa García-Berrio Hernández

Dr. Juan Antonio Martínez Muñoz

Madrid, 2017

DEDICATORIA

***A mi novia, compañera y
amiga Sandra Milena, porque sin
su amor, apoyo y paciencia este
barco jamás hubiese llegado a
puerto seguro.***

***A mis padres por estar siempre
allí apoyando mis decisiones y
proyectos en mi navegar por los
océanos más insondables de la
existencia.***

***A mis hermanos por ser fuente
de amor y cariño inagotable en
las tormentas más fuertes.***

***A Martina por ser una nueva
luz de esperanza en el horizonte
de este mar de adversidades
llamado vida.***

***A mis amigos en Madrid por su
compañía y por los inolvidables
momentos a bordo de esta
embarcación existencial.***

AGRADECIMIENTOS

*A mis tutores, Dra. María
Teresa García-Berrio Hernández
y Dr. Juan Antonio Martínez
Muñoz por su invaluable guía,
paciencia y ayuda durante todo
este viaje, sin ellos este navío
hubiese naufragado en altamar.*

ÍNDICES

RESUMEN	11
ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO: VISIÓN HOLÍSTICA.....	11
PALABRAS CLAVES	12
ABSTRACT	13
CRITICAL LEGAL STUDIES: HOLISTIC APPROACH	13
KEYWORDS	14
SUMMARY	14
LISTADO DE ABREVIATURAS	21
INTRODUCCIÓN	23
METODOLOGÍA, ESTRUCTURA, MOTIVACIONES Y DIFICULTADES.....	30
(i) Metodología.....	30
(ii) Estructura	34
(iii) Motivaciones	36
(iv) Dificultades.....	40
PARTE I	47
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y ORÍGENES	49
2. ¿QUÉ SON LOS CLS?: UNA APROXIMACIÓN TERMINOLÓGICA	61
2.1. DEFINIENDO A LOS CRITICAL LEGAL STUDIES.....	67

2.2. ACTIVISMO ACADÉMICO VS. ACTIVISMO POLÍTICO.....	71
2.2.1. Critical Legal Studies como red de activismo político: <i>Law is Politics</i>	72
2.2.2. Critical Legal Studies como foro de activismo universitario: <i>How to teach Law</i>	79
2.3. CRONOLOGÍA DE UNA MUERTE ANUNCIADA: LAS CUATRO FASES DEL MOVIMIENTO <i>CRITICAL LEGAL STUDIES</i>	88
2.3.1. Etapa Preliminar: Estudios críticos globales del Derecho y de la enseñanza jurídica (1977-1983).....	89
2.3.2. Etapa de regeneración: Racionalistas vs. Irracionalistas entono al <i>Rights' Debate</i> (1983-1984)	92
2.3.3. Etapa de <i>deconstrucción</i> del discurso de los derechos (1985-1991).....	98
2.3.4. La actualidad de los <i>Critical Legal Studies</i> (1992-hoy)....	101
2.4. FUENTES QUE NUTREN EL AMBICIOSO PROYECTO CRÍTICO DEL DERECHO.....	103
2.4.1. La incidencia del Realismo Jurídico Norteamericano: <i>El antepasado intelectual de los Critical Legal Studies</i>	103
2.4.1.1. La tesis de la indeterminación del Derecho.....	107
2.4.1.2. La fundación historiográfica de los Critical Legal Studies: Una aspiración al cambio	115
2.4.1.3. La llamada “Crítica doctrinal”: Una aproximación a la Jurisprudencia analítica.....	117
2.4.2. Estructuralismo vs. Post-estructuralismo.....	119
2.4.2.1. La deconstrucción de Jacques Derrida.....	123
2.4.2.2. El influjo de Foucault: La microfísica del poder y su relación con el Reduccionismo.....	130

2.4.3. El Neomarxismo o Escuela de Frankfurt: La autonomía relativa del Derecho	138
2.4.4. La Epistemología Relativista	145
2.5. DOS IMPORTANTES AMBIVALENCIAS EN EL SENO DE LOS <i>CRITICAL LEGAL STUDIES</i>	148
3. LOS VÁSTAGOS DE LOS CRITICAL LEGAL STUDIES.....	153
3.1. JURISPRUDENCIA FEMINISTA O TEORÍA FEMINISTA DEL DERECHO.....	155
3.1.1. Escuelas de la jurisprudencia feminista.....	159
3.2. LA TEORÍA CRÍTICA DE LA RAZA (<i>CRITICAL RACE THEORY</i>)	164
3.3. LATCRIT: LOS HEREDEROS "LATINOS" DEL MOVIMIENTO DE LOS CRITICAL LEGAL STUDIES	171
3.4. EL COMUNITARISMO Y SU CRÍTICA AL ESTADO LIBERAL DE DERECHO .	187
3.4.1. La crítica al Estado liberal de Derecho.....	190
3.4.2. Los cuatro aspectos críticos que mitifican la concepción liberal del Estado de Derecho	193
3.4.3. El elemento esencial en la crítica de los CLS al liberalismo.....	199
3.4.4. Las contradicciones e incoherencia conceptual de la doctrina jurídica liberal	200
3.4.5. Las dos contradicciones fatales al seno de la política liberal y la teoría jurídica: La antinomia de la interpretación legal y la antinomia de las normas y valores.....	204
3.5. LOS MOVIMIENTOS DERECHO Y SOCIEDAD Y ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO ANTE LOS <i>CRITICAL LEGAL STUDIES</i>	207
3.5.1. El binomio Derecho - Sociedad	208
3.5.2. El binomio Derecho - Economía.....	209

4. METODOLOGÍAS: LAS HERRAMIENTAS PARA SOCAVAR EL SIGNIFICADO DE LOS TEXTOS, DESVELAR LA IDEOLOGÍA DEL DISCURSO JURÍDICO Y REVELAR LA ILEGITIMIDAD DE LAS JERARQUÍAS215

4.1. METODOLOGÍAS DE LA DECONSTRUCCIÓN..... 216

4.1.1. La metodología de la demolición o “trashing” 219

4.1.2. La metodología de la explicación textual..... 223

4.2. LA METODOLOGÍA FEMINISTA DEL DERECHO 225

4.3. LA INVESTIGACIÓN EN TEORÍA SOCIAL 228

4.4. LA CRÍTICA PURA: UNA APROXIMACIÓN METODOLÓGICA..... 231

4.5. EL MÉTODO DE ANÁLISIS DE LA GENEALOGÍA HISTÓRICA..... 233

PARTE II237

5. CRITICAL LEGAL STUDIES: SINERGIAS DE TRANSFORMACIÓN EN EL DERECHO239

5.1. LAS ÁREAS DE ACCIÓN TRANSFORMATIVA DE LOS *CRITICAL LEGAL STUDIES* DE ACUERDO A ROBERTO UNGER..... 240

5.1.1. La restauración democrática de la vida en sociedad..... 240

5.1.2. La coexistencia de una osada revolución en el ámbito de las relaciones personales con la repetición y deriva en la lucha por el poder y la estructura de las instituciones sociales..... 241

5.1.3. El rechazo a los falsos dilemas de la reforma conservadora y la anulación del contraste entre las políticas de las relaciones personales y las de la estructura institucional a larga escala 242

5.1.4. La identificación de las contradicciones de la doctrina jurídica..... 243

5.2. LA TRANSFORMACIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO: SINERGIA DE CAMBIO EN LOS CRITICAL LEGAL STUDIES	249
6. CRÍTICAS Y ABSTRACCIONES.....	275
6.1. CRÍTICAS A LA TESIS DE LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO	277
6.2. LA IMPERTINENCIA DE LA <i>DECONSTRUCCIÓN</i> DE DERRIDA EN LOS TEXTOS LEGALES	283
6.3. LA OMISIÓN EN LA VISIÓN DEL COMUNITARISMO.....	288
6.4. LA CRÍTICA A LA HETEROGENEIDAD DEL MOVIMIENTO	293
6.5. LOS CLS COMO VÍCTIMAS DE SU PROPIA TEORÍA DEL “DEBUNKING” O “TRASHING”	298
6.6. LAS CRÍTICAS ESENCIALES A LA POSICIÓN POLÍTICA DEL MOVIMIENTO.....	301
6.7. LAS FALENCIAS ESENCIALES EN LA CRÍTICA AL LIBERALISMO.....	308
7. INFLUENCIA DE LOS CLS EN COLOMBIA.....	317
7.1. INTRODUCCIÓN	317
7.2. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD COMO PUNTO DE PARTIDA PARA EL PASO DE UN SISTEMA MONISTA A DUALISTA: LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA DE NORMAS	320
7.3. LA REPERCUSIÓN DE LAS IDEAS DE LOS CLS Y LAS TEORÍAS CRÍTICAS DEL DERECHO EN EL ÁMBITO ACADÉMICO COLOMBIANO: LAS FACULTADES DE DERECHO Y LA PRODUCCIÓN INTELECTUAL.....	326
7.4. INFLUENCIA DE LAS ESCUELAS ANTI FORMALISTAS Y TEORÍAS POST-REALISTAS DEL DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA: INTRODUCCIÓN.....	331
7.4.1. Las teorías sobre el acto judicial (adjudicación) de Duncan Kennedy y su impacto en las providencias de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en Colombia	336

7.4.2. El efecto de los conceptos de justicia transicional e interseccionalidad de Martha Minow y Kimberle Crenshaw en la jurisprudencia constitucional colombiana 369

7.4.3. Los conceptos de eficacia y de discrecionalidad judicial del Realismo Jurídico y su influencia en el derecho constitucional colombiano 375

8. ESTADO ACTUAL DEL MOVIMIENTO 387

CONCLUSIONES 395

BIBLIOGRAFÍA 403

RESUMEN

Estudios Críticos del Derecho: Visión holística

Los Estudios Críticos del Derecho –*Critical Legal Studies* o simplemente “CLS”- es un movimiento en teoría jurídica, heredero del Realismo Jurídico norteamericano, conformado esencialmente por profesores norteamericanos de ala izquierda que se nutrió de una diversidad de influencias y fuentes teóricas posmodernistas, que van desde el neo-marxismo o Escuela de Fráncfort hasta llegar a la Epistemología Relativista.

La historiografía del movimiento puede dividirse en cuatro fases o etapas a saber, cada una con unas características sustanciales que permiten diferenciarlas claramente. Pese a la concurrencia en muchas de sus críticas y teorías, *Critical Legal Studies* ha sido un movimiento de naturaleza heterogénea y en continua evolución.

Esta escuela del pensamiento ha servido como punto de partida para el nacimiento de otras teorías críticas del derecho de gran interés como la teoría jurídica feminista, la teoría crítica de la raza (CRT) y la teoría crítica latina (LatCrit). Asimismo, al momento de sustentar sus argumentos y críticas, los miembros del movimiento se han apoyado de un amplio abanico de metodologías, entre las cuales merece la pena destacar la demolición o “trashing” y la deconstrucción.

En la actualidad, el legado de los CLS reviste gran relevancia en América Latina, principalmente en países como Colombia, Argentina o México, donde se ha venido erigiendo como una fuerte influencia en el ámbito académico y judicial. Desde la década pasada, las universidades latinoamericanas y los altos tribunales de países como Colombia, han empezado a acoger algunas de las teorías más importantes del movimiento, lo que ha promovido un giro en la forma tradicional de enseñar el derecho y en la actividad judicial.

Palabras claves

Critical Legal Studies, Estudios Críticos del Derecho, CLS, teoría jurídica, derecho, filosofía, realismo, crítica, indeterminación, demolición, deconstrucción, educación legal, adjudicación.

ABSTRACT

Critical Legal Studies: Holistic approach

Critical Legal Studies –or simply “CLS”- is a movement in legal theory, heir to the American Legal Realism, consisting essentially of left-wing American professors who drew on a variety of postmodernist theoretical influences and sources ranging from neo-Marxism or Frankfurt School to Relativist Epistemology.

The historiography of the movement can be divided into four phases or stages, each one with substantial characteristics that make it possible to clearly differentiate them. Despite the concurrence in many of its critiques and theories, Critical Legal Studies has been a movement of heterogeneous nature and in continuous evolution.

This school of thought has served as a starting point for the birth of other legal critical theories of great interest such as the Feminist Legal Theory, Critical Race Theory and Latin Critical Theory (LatCrit). In addition, in order to sustain their arguments and critique, members of the movement have relied on a wide range of methodologies, among which it is worth noting the demolition or “trashing” and the deconstruction.

Nowadays, the legacy of CLS is quite relevant in Latin America, especially in countries such as Colombia, Argentina or Mexico, where it has been raising as a strong influence in the scholar and legal realms. Since the last decade, Latin American universities and

high Courts of countries such as Colombia have begun to welcome some of their most important theories, which has promoted a shift in the traditional legal education and the adjudication process.

Keywords

Critical Legal Studies, CLS, legal theory, law, philosophy, legal realism, critique, indeterminacy, demolition, trashing, legal education, adjudication.

Summary

The 70's would witness the formal birth of a new movement in north American legal theory, the so-called *Critical Legal Studies*, natural inheritors of the Legal Realism's philosophical doctrine that was already in its final stages.

Founded since its beginnings as a free association of professors from different law schools that shared critical attitudes regarding legal education and demanded a reform to it, the Critical Legal Studies formed a whole generation of leftist North American intellectuals, who although largely based on theoretical sources from the postmodern philosophical setting –such as neo-Marxism - did not prove to be politically exclusive. In fact, most their arguments and approaches would almost always be directed towards the inner structure of law itself and, more specifically, towards the traditional teaching of law, rejecting any conception of legal science as objective, scientific, neutral and apolitical.

As heirs to Legal Realism, Critical Legal Studies are often regarded as a "second wave" or simply as a continuation of this philosophical doctrine under the contemporary denomination of legal post-realism.

Nevertheless, in spite of inheriting from Legal Realism the emphasis in the indetermination of the legal doctrine and a certain iconoclastic delight in the mockery of the most conventional academic fields of Law and of legal doctrine (Roederer y Moellendorf 2004), the foundations of the Critical Legal Studies movement are more pretentious from their leftist, modern, and postmodern viewpoint and nature.

Like all movements in philosophical and legal thought, Critical Legal Studies have undergone several stages since its founding and have been nurtured by a mainstream of thoughts from the twentieth-century: from neo-Marxism prior to Engels' influence to postmodernism(Faralli 2007)

Throughout this research, I will thoroughly analyze each one of these stages or periods of development. However, I must certainly state that the first stage of the movement –known as “structuralism stage”- the one that would be decisive for the contemporary evolution of the Critical Legal Studies movement, especially in its later expansion throughout international and Latin American intellectual circles mainly. As Professor Carla Faralli rightly points out, the initial stage of structuralism in Critical Legal Studies differs from the rest due to its *“radical critique of that form*

of liberalism that disregards the real individual interrelations in its discourse, on behalf of an abstract concept of Humanity, nor examines the historical-social conditions in which Law comes about".(Faralli 2007, 157).

Although it is possible to state that many of the sprouting ideas behind this movement corresponded, the Critical Legal Studies were characterized from the beginning by a heterogeneity of leftist points of view and by a great variety of "opponents" to deal with: *"from legal formalism to Ronald Dworkin's early jurisprudence, from liberal political philosophy to positivist sociology, from Posner's economic analysis of law to orthodox Marxism"*(Mesa M. 2002, 129-159)

Indeed, as properly stated by the above-mentioned author, several flaws have been associated with the Critical Legal Studies movement:

"The Critical Legal Studies are so many things (...) a broad organizational umbrella for a huge and strange coalition of leftist lawyers, both law professors and practitioners; a way of doing politics in law faculties; a collection of various legal theories, a distinctive name for some methods of social history and law". (Mesa M. 2002, 138)

Quite often we bump into terms like "potpourri"(Pérez Lledó, El Movimiento Critical Legal Studies 1996) in order to characterize –in a sort of derisive way- this complex, heterogeneous doctrinal body that belongs to the ever-changing movement of the Critical

Legal Studies through the continuous incorporation of disciplines outside the Law –such as political science, philosophy, ethics, psychology, social theory, anthropology, historiography or literary criticism- and traditions of legal, social, political, and philosophical thought as diverse as American legal realism, neo-Marxism, post-structuralism, feminist theory, psychoanalysis, or existentialism.

In fact, the Critical Legal Studies movement consists of a variety of methods and techniques that deal with problems belonging to different disciplines from multiple theoretical-critical approaches, which in many cases differ from each other. Nevertheless, we must take into account that the movement itself, and overall, its members, "drink" from the same sources or influences.

The "heterogeneity" or "dispersion" of concepts and approaches around the different topics the scholars of the Critical Legal Studies movement deal with, far from rejecting it, it demands us to appreciate even more the complexity of the points of view that gathers. In this way, this "heterogeneity" of perspectives is rightly conceived by Beck (Beck 1988, 433) when he suggests that the Critical Legal Studies movement as such has no position of its own but each of its founding members. Professor Duncan Kennedy would describe the nature of the CLS in the following terms:

"Critical Legal Studies is a movement or an organization, not an ideology or manifesto. It's a network, a group of people who are in touch with each other a lot, and share a certain willingness to read each other's work and criticize it, and share

some attitudes. It's not like a manifesto. It's more like a set of attitudes". (D. Kennedy, Are Lawyers Really Necessary? 1987, 12)

This diversity within the *Critical Legal Studies*, so strongly attacked by some of the main detractors of the movement, nevertheless constitutes its main strength. This methodological heterogeneity of the movement is openly celebrated and pondered by the members of this philosophical current as one of their main distinctive achievements, which must not only be protected but also encouraged (Pérez Lledó, *El Movimiento Critical Legal Studies* 1996, 5)

As noted earlier, among the most noteworthy members of the Critical Legal Studies is Professor Duncan Kennedy who, in response to a question he was asked in an interview in 1987 about the purpose of the movement, he would answer pretty much in the same tradition: *"Critical Legal Studies is not an ideology or manifesto. There is no set of ideas that summarize the Critical Legal Studies doctrine". (Eljatib 2001).*

In fact, although there's not a particular epistemology that can define the Critical Legal Studies movement, this does not prevent it from being properly considered as a school of legal thought. As Minda pointed out in his great work on postmodern legal movements

"(...) CLS represents a rich, albeit diverse, set of views and theoretical approaches for understanding the nature of law and adjudication in the modern era. Critical Legal Studies offers a

distinctive and progressive form of jurisprudence developed from eclectic intellectual sources". (Minda, Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence At Century's End 1995, 109)

Despite the fact that more than four decades have passed since the chronological origins of the movement, the Critical Legal Studies continues playing a leading role not only in American legal thought, but in the worldwide one, through increasingly thought-provoking contributions to modern legal theory.

For this reason, it is not surprising that a lot of essential works published in the form of books, articles, essays –mainly in English language- have been arising in recent years (and decades), aimed at a better understanding of the movement's legacy and its influence on the contemporary legal and philosophical thought¹. However, the lack of this kind of works, both texts and contributions of certain extension about the CLS movement in Spanish language, is quite significant nowadays². Based on this absence of bibliographical and

¹ Among some of the most outstanding works is the compendium by James Boyle rightly titled "Critical Legal Studies" (Boyle 1994), "A Guide to Critical Legal Studies"(Kelman, A Guide to Critical Legal Studies 1987) and "Critical Legal Studies (A. C. Hutchinson, Critical Legal Studies 1989)

² In fact, I've been able to find just a few articles in Spanish language, which are basically translations of texts authored by some of the main members of the CLS movement like Duncan Kennedy who happens to be the author with the best reception in the Spanish-speaking world, especially in Latin America. Some of his most outstanding works translated and published in Spanish are the following ones: "Libertad y Restricción en la Decisión Judicial" (D. Kennedy, Libertad y Restricción en la Decisión Judicial 1999), "La educación legal como preparación para la jerarquía" (D. Kennedy, La educación legal como preparación para la jerarquía 2004), "Izquierda y derecho"(D. Kennedy, Izquierda y derecho 2010) y "La enseñanza del derecho como forma de acción política"(D. Kennedy, La

documentary material in my mother tongue, I have directed my intentions towards the ambitious project of elaborating a Ph.D. thesis that allows me to dig deeply not only in the current situation of the so-called *Critical Legal Studies* movement but, more importantly, in the conception of a "comprehensible"³ framework for an updated understanding of it in Spanish language.

enseñanza del derecho como forma de acción política 2012). Nevertheless, it's quite important to highlight the importance of the works by Spanish professor Juan Antonio Pérez Lledó contained in two essential works about the movement: "Critical Legal Studies y el Comunitarismo" (Pérez Lledó, *Critical Legal Studies y el Comunitarismo* 1995) and the previously mentioned "El Movimiento Critical Legal Studies" (Pérez Lledó, *El Movimiento Critical Legal Studies* 1996), which formerly was his Ph.D. thesis and would be officially published years later in book format.

³ Throughout this research, I've chosen a number of analysis characteristics of the Critical Legal Studies movement which, in my opinion, are the most "innovative" in the development of modern legal theory in Latin America in general, but particularly in Colombia. For this reason, in some passages of this research I've decided to distance myself from the strictly academic abstract language – sometimes abstruse, dense, therefore difficult to understand for the reader- in order to make the conceptual premises more accessible, easy to understand and "comprehensible" to those interested in the current theories and attitudes of this important movement in legal and philosophical thought.

Listado de abreviaturas

CCLS	Conferencia de los Critical Legal Studies
CLS	Critical Legal Studies
Crits	Críticos
CRT	Teoría Crítica de la Raza
LatCrit	Teoría Crítica Latina
LSA	Asociación de Derecho y Sociedad

INTRODUCCIÓN

La década de los setenta sería testigo del nacimiento formal de un nuevo movimiento en el escenario de la teoría jurídica norteamericana, los llamados *Estudios Críticos del Derecho* -*Critical Legal Studies*, en su nomenclatura original en lengua inglesa- como heredero natural de la doctrina filosófica del Realismo Jurídico que ya se encontraba en su ocaso.

Conformado en sus albores como una asociación libre de profesores pertenecientes a diversas facultades de Derecho que compartían actitudes críticas en relación a la educación jurídica, y que demandaban una reforma a la misma, los llamados *Estudios Críticos del Derecho* conformaron toda una generación de intelectuales de izquierda norteamericanos que, si bien se sustentaban en gran medida en fuentes teóricas provenientes del entorno filosófico posmoderno –tales como el neo-marxismo- no resultaron ser políticamente excluyentes. En efecto, la mayoría de sus argumentos y planteamientos irían casi siempre dirigidos hacia la propia estructura interna del Derecho y, más concretamente, hacia la enseñanza tradicional del mismo, rechazando para ello cualquier concepción de la ciencia jurídica de tinte objetivo, científico, neutral y apolítico.

Siendo herederos del Realismo Jurídico, los *Estudios Críticos del Derecho* son a menudo considerados como una “segunda oleada” o simplemente como una continuación de esta doctrina filosófica al

modo de adaptación contemporánea del *post-realismo jurídico*. No obstante, a pesar de heredar del Realismo Jurídico el énfasis en la indeterminación de la doctrina legal y un cierto deleite iconoclástico en la burla o mofa de los ámbitos académicos más convencionales del Derecho y de la doctrina jurídica (Roederer y Moellendorf 2004), los fundamentos del movimiento de los *Critical Legal Studies* resultan más ostentosos desde su óptica y naturaleza izquierdista, moderna y postmoderna.

Como todo movimiento del pensamiento filosófico-jurídico, los *Estudios Críticos del Derecho* han pasado por varias etapas desde su fundación y se han nutrido de las principales corrientes del pensamiento del siglo XX: desde el *neomarxismo anterior a la influencia de Engels hasta el postmodernismo* (Faralli 2007).

A lo largo de esta investigación, me ocuparé del análisis exhaustivo de cada una de dichas fases de desarrollo. No obstante, he de señalar de forma anticipada que es con cierta certeza la etapa de génesis de dicho movimiento –la conocida como “etapa estructuralista”– la que resultaría determinante para el devenir contemporáneo del movimiento de los *Critical Legal Studies*, sobre todo en su expansión posterior por círculos intelectuales internacionales y más concretamente, latinoamericanos. Tal y como acertadamente expresa la profesora Carla, la etapa inicial del estructuralismo en los *Estudios Críticos del Derecho* se distingue de las demás por su “*crítica radical de aquella modalidad de liberalismo que en su discurso no toma en consideración las relaciones reales de los individuos, en nombre de un concepto abstracto de Humanidad, ni*

examina las condiciones histórico-sociales en las que opera el Derecho". (Faralli 2007, 157).

A pesar de que se puede afirmar que muchas de las ideas germinadoras detrás de este movimiento coincidían, los *Critical Legal Studies* se caracterizaron desde un primer momento por una *heterogeneidad* de posicionamientos de tendencia izquierdista y por una gran variedad de "enemigos" a combatir: "(...) desde el formalismo jurídico a la jurisprudencia de principios de Ronald Dworkin, desde la filosofía política liberal a la sociología positivista, desde el análisis económico del derecho de Posner hasta el marxismo ortodoxo". (Mesa M. 2002, 129-159).

En efecto, como acertadamente señala Mesa, son variadas las "fisuras" atribuibles al pensamiento de los *Critical Legal Studies*:

"Los Critical Legal Studies son realmente muchas cosas (..) un paraguas organizacional amplio para una enorme y extraña coalición de abogados de izquierda, tanto profesores de derecho, como practicantes; una forma de hacer política en las facultades de derecho; una colección de diversas teorías jurídicas, un nombre distintivo de algunos métodos de historia social y del derecho". (Mesa M. 2002, 138)

Con cierta frecuencia encontramos palabras como "potpourri" (Pérez Lledó, El Movimiento Critical Legal Studies 1996) para caracterizar –de un modo un tanto peyorativo– a este engranaje doctrinal interno tan *heterogéneo* del movimiento de los *Estudios Críticos del Derecho* en constante mutación a través de la continua

incorporación de disciplinas ajenas al Derecho –tales como la ciencia política, la filosofía, la ética, la psicología, la teoría social, la antropología, la historiografía o la crítica literaria- y de tradiciones del pensamiento jurídico, social, político y filosófico tan diversas como el realismo jurídico americano, el neo-marxismo, el post-estructuralismo, la teoría feminista, el psicoanálisis o el existencialismo. El movimiento de los *Critical Legal Studies* se compone, en efecto, de una diversidad de métodos y técnicas que se ocupan de problemas pertenecientes a diferentes disciplinas desde múltiples enfoques teórico-críticos, los cuales en muchas ocasiones difieren los unos de los otros; no obstante, no se debe olvidar que el movimiento como tal y, sobre todo, sus diferentes integrantes, “beben” de las mismas fuentes o influencias.

La “heterogeneidad” o “dispersión” de concepciones en torno a los diferentes temas que ocupa a los pensadores del movimiento de los *Estudios Críticos del Derecho*, lejos de desmerecerlo, nos obliga a apreciarlo todavía más en razón precisamente de la complejidad de posturas que aglutina. En este sentido, dicha “heterogeneidad” de posiciones es concebida acertadamente por Beck cuando nos sugiere que el movimiento de los *Critical Legal Studies* como tal no tiene posición propia, sino que sólo la tienen individuos concretos que se identifican con dicho movimiento (Beck 1988, 433), o por uno de los miembros fundadores del movimiento, el profesor Duncan Kennedy, quien describiría del modo siguiente tal naturaleza de los *CLS*:

“Critical Legal Studies es un movimiento o una organización, no una ideología o manifiesto. Es una red, un grupo de personas que están en estrecho contacto entre sí, que comparten cierta voluntad de conocer y discutir el trabajo de los otros, y que comparten algunas actitudes”. (D. Kennedy, ¿Son los abogados realmente necesarios? 1987, 404)

Esta *diversidad interna* de los *Critical Legal Studies*, tan fuertemente atacada por algunos de los principales detractores del movimiento, constituye, sin embargo, su principal fortaleza. Dicha heterogeneidad metodológica del movimiento es abiertamente celebrada y ponderada por los propios integrantes de esta corriente filosófica, como uno de los principales logros distintivos del movimiento, que no sólo ha de ser protegida, sino incluso estimulada (Pérez Lledó, *El Movimiento Critical Legal Studies* 1996, 5).

Como hemos señalado anteriormente, entre los integrantes más notables del movimiento norteamericano de los *Estudios Críticos del Derecho* destaca el profesor Duncan Kennedy quien, ante la pregunta que se le formula en una entrevista en 1987 sobre cuál es el objetivo del movimiento de los *Critical Legal Studies*, articularía la siguiente respuesta: *“Critical Legal Studies no tiene un objetivo o programa manifiesto. No hay un conjunto de proposiciones que resuman la doctrina de los Critical Legal Studies”*. (Eljatib 2001)

Efectivamente, a pesar de que no exista una epistemología concreta que describa al movimiento de los *Critical Legal Studies*, ello no obsta para que se conforme como una escuela del

pensamiento jurídico propiamente dicha. Como bien señalara Minda en su gran obra sobre los movimientos legales posmodernos⁴:

“(...) Critical Legal Studies representa un rico, si bien diverso, conjunto de visiones y aproximaciones teóricas para entender la naturaleza del Derecho y la adjudicación en la era moderna. Los Critical Legal Studies ofrecen una forma de jurisprudencia distintiva y progresiva desarrollada desde fuentes eclécticas intelectuales”. (Minda, Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence At Century's End 1995, 109)

Pese a haber transcurrido ya más de cuatro décadas desde los orígenes cronológicos de este movimiento, los *Estudios Críticos del Derecho* continúan ejerciendo hoy día un papel protagonista no sólo en el pensamiento jurídico norteamericano, sino incluso en el ámbito judicial mundial, a través de aportaciones cada vez más interesantes a la teoría jurídica moderna. Por este motivo, no es de extrañar que se hayan sucedido en los últimos años importantes obras monográficas y trabajos científicos –en su mayoría en lengua inglesa- orientados a una mejor comprensión de su legado y de su influencia en el pensamiento filosófico-jurídico contemporáneo⁵. Sin embargo, resulta significativa la ausencia de trabajos monográficos

⁴ Véase su obra sobre el tema publicada a mediados de la década de los años noventa (Minda, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence At Century's End* 1995)

⁵ Entre algunas de las principales monografías sobre el tema encontramos el gran compendio de ensayos “Critical Legal Studies” (Boyle 1994), “A Guide to Critical Legal Studies”(Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies* 1987) y “Critical Legal Studies (A. C. Hutchinson, *Critical Legal Studies* 1989)

y la importante carestía de aportaciones científicas de cierta extensión sobre este movimiento en lengua castellana⁶. A partir de la constatación de estas carencias bibliográficas y documentales, he dirigido mis intenciones hacia el ambicioso proyecto de elaborar una tesis doctoral que permita ahondar no sólo en la situación actual del movimiento de los llamados *Critical Legal Studies* sino, lo que es más relevante, que permita construir un marco de referencia “asequible”⁷ para la comprensión actualizada de este movimiento en lengua castellana.

⁶ En efecto, en lengua castellana tan sólo podemos encontrar algunos artículos y, sobre todo, traducciones de los trabajos originales en lengua inglesa de algunos de los pensadores más reconocidos del movimiento como Duncan Kennedy quien se erige como el autor que mayor recepción ha tenido en el mundo hispanohablante, principalmente en Latinoamérica. Algunas de sus obras más destacadas con traducción al castellano son: “Libertad y Restricción en la Decisión Judicial” (D. Kennedy, Libertad y Restricción en la Decisión Judicial 1999), “La educación legal como preparación para la jerarquía” (D. Kennedy, La educación legal como preparación para la jerarquía 2004), “Izquierda y derecho” (D. Kennedy, Izquierda y derecho 2010) y “La enseñanza del derecho como forma de acción política” (D. Kennedy, La enseñanza del derecho como forma de acción política 2012). No obstante, es necesario adelantar la importancia del trabajo de Juan A. Pérez Lledó titulado “El movimiento de los Critical Legal Studies”, como el más completo y relevante sobre el tema en lengua castellana, a pesar de haber sido editado hace ya más de 20 años. Las dos obras más importantes del profesor Lledó sobre los Estudios Críticos del Derecho son “Critical Legal Studies y el Comunitarismo” (Pérez Lledó, Critical Legal Studies y el Comunitarismo 1995) y la antes mencionada “El Movimiento Critical legal Stuides” (Pérez Lledó, El Movimiento Critical Legal Studies 1996), que inicialmente fue su tesis doctoral y años más tarde se publicaría oficialmente en forma de libro.

⁷ En la presente investigación he preferido seleccionar una serie de aspectos de análisis del movimiento de los *Critical Legal Studies* que, a mi juicio, resultan ser los más “innovadores” en el desarrollo de la teoría jurídica moderna en Latinoamérica en general y particularmente en Colombia. Para ello he optado por distanciarme en algunos pasajes de la presente investigación del lenguaje abstracto propiamente académico –en ocasiones denso y a veces difícil de comprender– con el fin de hacer más cercanas, fáciles de entender y “asequibles” a

Metodología, estructura, motivaciones y dificultades

(i) Metodología

Durante la realización de la presente tesis doctoral, desarrollé varias metodologías en vista de la rigurosidad que requieren las aproximaciones o enfoques en torno al tema central, por lo que los métodos varían de acuerdo a la táctica empleada para la constitución del conocimiento.

El *método deductivo* es el primer método al que haré referencia en este apartado metodológico, toda vez que, partiendo de premisas generales, tanto de los propios *Critical Legal Studies*, como de aquellas empleadas en fundamentos jurisprudenciales, en posiciones doctrinarias, y en tesis o teorías jurídicas en general, he podido inferir, colegir enunciados o articulados particulares que me han permitido incorporar una capa de análisis personalizada a la presente tesis (aplicando posteriormente el *método analítico*). En algunos casos, las premisas o concepciones generales de las que he partido resultan no ser demostrables por su naturaleza axiomática o de proposición, por lo que puedo aseverar que, de forma más concreta, he hecho uso del *método axiomático-deductivo*⁸. Ejemplo claro de ello descansa en la aplicación de tal metodología a varias

los interesados las premisas conceptuales más contemporáneas de esta importante corriente del pensamiento filosófico-jurídico.

⁸ El método deductivo se enmarca en la denominada lógica racional y consiste en: partiendo de unas premisas generales, llegar a inferir enunciados particulares. Si sucede que éstas concepciones generales iniciales no son demostrables (axiomas), el método será entonces axiomático-deductivo (Lafuente Ibáñez y Marín Egoscozábal 2008, 6)

proposiciones de los *Critical Legal Studies*, como la que afirma que el derecho es indeterminado o que las aulas de las facultades de Derecho son lugares con alto contenido político.

El siguiente método que he aplicado al actual trabajo de investigación es el *método deductivo*⁹ o *empírico*, toda vez que he esbozado proposiciones o enunciados generales partiendo de un fenómeno o situación concreta para luego derivar (o inferir) un postulado o precepto aplicable de forma general. Así quedará plasmado en estas páginas cuando exponga, por ejemplo, que, en la actualidad, las altas cortes o tribunales colombianos están influenciados o permeados por algunas teorías, proposiciones o ideas de varias escuelas anti formalistas o críticas del derecho como los *CLS*. Esto con el fin de llegar a la premisa o postulado general (universal) de que, en efecto, algunas de las sentencias o decisiones de los altos tribunales (entre ellas varias de gran relevancia nacional e internacional) se encuentran fundamentadas en principios expuestos por teorías críticas del derecho como la del movimiento que aquí nos ocupa, abstrayéndose de la marcada influencia del

⁹ El razonamiento deductivo utiliza el método deductivo que relaciona tres momentos de la deducción: 1) Axiomatización (1er principio) se parte de axiomas; verdades que no requieren demostración, 2) Postulación se refiere a los postulados, doctrinas asimiladas o creadas y 3) Demostración, referido al acto científico propio de los matemáticos, lógicos, filósofos. A pesar de sus limitaciones, es de utilidad para la investigación, ofrece recursos para unir la teoría y la observación, además de que permite a los investigadores deducir a partir de la teoría los fenómenos que habrán de observarse. Las deducciones hechas a partir de la teoría pueden proporcionar hipótesis que son parte esencial de la investigación científica (Dávila Newman 2006, 185).

positivismo y las teorías formalistas que han dominado el derecho local –colombiano, y en general latinoamericano- por décadas.

Por otra parte, y como es apenas normal en un trabajo de investigación enmarcado dentro de los preceptos de las Ciencias Sociales, he implementado el *método analítico*¹⁰, que básicamente consiste en la segmentación, en la desarticulación de un todo, desmembrándolo en los elementos o partes que lo componen con el fin de verificar sus causas y efectos. Este método lo utilizaré a fondo y de forma constante durante prácticamente toda la tesis doctoral, por ejemplo, a la hora de analizar las diversas proposiciones o teorías de los *Critical Legal Studies* o de discrepar o coincidir con determinados autores o académicos del movimiento. Asimismo, en la parte relacionada con el análisis de las sentencias proferidas por los altos tribunales, el método analítico es utilizado a fondo para poder identificar y examinar la influencia del movimiento en la jurisprudencia y en la teoría jurídica local en general. De igual manera, resulta relevante destacar la importancia de este método a la hora de contrastar la práctica con la dialéctica, toda vez que ésta nos lleva al análisis del discurso, que indudablemente resulta esencial en este tipo de escenarios de la investigación:

¹⁰ El Método analítico es aquel método de investigación que consiste en la desmembración de un todo, descomponiéndolo en sus partes o elementos para observar las causas, la naturaleza y los efectos. El análisis es la observación y examen de un hecho en particular. Es necesario conocer la naturaleza del fenómeno y objeto que se estudia para comprender su esencia. Este método nos permite conocer más del objeto de estudio, con lo cual se puede: explicar, hacer analogías, comprender mejor su comportamiento y establecer nuevas teorías(Ruíz Limón 2006).

"(...) se vuelve casi imprescindible un análisis del discurso cuando se quiere profundizar en la contrastación dialéctica entre la teoría y la práctica. Esa praxología, que siempre está allí, nos conduce a un análisis discursivo, a un comentario de significantes, si queremos contrastar y dialectizar. Sólo para otros aspectos más relacionados con lo imaginario y la intuición, recurrimos a métodos no analíticos". (Lopera Echavarría, y otros 2010, 21, 22)

Por último, pero no menos importante, he aplicado o utilizado el *método sintético*¹¹, a través del cual he relacionado varios hechos o situaciones que se encuentran aparentemente aisladas o que no guardan relación alguna para formular una teoría o hipótesis que finalmente las unifica. Tal es el caso de una sentencia particular¹² de la Corte Suprema de Justicia de Colombia relacionada con el Tratado de Libre Comercio¹³ con los Estados Unidos de América. A grandes rasgos, parece no existir una relación con las teorías anti formalistas y formalistas del derecho, ni mucho menos obedecer a los preceptos esenciales de la teoría de la adjudicación de Duncan Kennedy. Sin embargo, dando aplicación al método en cuestión, expondré y

¹¹ El método sintético es un proceso de razonamiento que tiende a reconstruir un todo, a partir de los elementos distinguidos por el análisis; se trata en consecuencia de hacer una explosión metódica y breve, en resumen. En otras palabras, debemos decir que la síntesis es un procedimiento mental que tiene como meta la comprensión cabal de la esencia de lo que ya conocemos en todas sus partes y particularidades(Ortiz y García 2005, 64).

¹² Véase Sentencia 847 de 2011 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

¹³ Véase "Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América", suscrito en Washington, el 22 de noviembre de 2006.

desvelaré la relación entre todos estos elementos que últimamente termina fusionándolos en la providencia final que el alto tribunal profiere.

Es de gran importancia, desde una aproximación eminentemente metodológica, resaltar que la integración de los anteriores cuatro métodos de investigación resulta más que pertinente para el actual trabajo de investigación, ya que no sólo se aplican de forma constante en casi todos los apartes o secciones de la misma, sino que se interrelacionan entre sí en virtud de su naturaleza. Esto se encuentra plasmado en las nociones de que en el método deductivo y el sintético, la deducción puede considerarse como una parte de la síntesis (al deducir, sintetizo), mientras que, por su parte, en el método inductivo y el analítico, la inducción puede concebirse como un análisis (al inducir, analizo).

(ii) Estructura

La estructura del presente trabajo de investigación está dividida en dos grandes partes a saber. En la primera de ellas, abordaré lo que es el movimiento de los *Critical Legal Studies* como tal, su naturaleza, sus aspectos y temas más relevantes, además de hacer referencia a su historiografía, incluso clasificando en etapas cada una de las fases por las que el movimiento ha atravesado, detallando cada una de sus características más importantes. En síntesis, realizaré un recorrido que abarca desde la propia definición del movimiento hasta los aspectos fundacionales y elementos que lo han caracterizado en su proceso evolutivo desde su inepción en la década de los setenta hasta el día de hoy. A

continuación, me enfocaré en las fuentes esenciales de las que han bebido los *Critical Legal Studies* para la fundamentación de su proyecto crítico, partiendo del Realismo Jurídico Norteamericano como su ascendiente natural, para luego pasar por la influencia de las ideas de filósofos franceses como Jacques Derrida y Michel Foucault, hasta desembocar en el Neo-marxismo o Escuela de Frankfurt y la Epistemología Relativista. Por último, para dar terminación a esta primera gran parte, me sumergiré en los descendientes o vástagos del movimiento, haciendo un recuento detallado de aquellos movimientos, teorías y escuelas que han absorbido la influencia de los *Critical Legal Studies* o que simplemente se han ramificado de éstos, haciendo uso de sus pilares ideológicos, metodológicos y/o académicos más destacados. Asimismo, y en vista de la proximidad sistemática que encierran, conectaré este apartado con el de las metodologías empleadas por los *CLS* para brindar mayor coherencia, secuencialidad y fluidez a los temas tratados en estas secciones del presente trabajo de investigación.

En la segunda gran parte de esta tesis doctoral, me ocuparé inicialmente de ahondar o profundizar en las áreas de acción transformativa de los *Estudios Críticos del Derecho*, teniendo como base las expuestas por Roberto M. Unger en su icónico texto sobre el movimiento¹⁴. Asimismo, haré referencia en torno a la importancia

¹⁴ Unger hace un recuento detallado de las que considera, las acciones transformativas que encarnan los Critical Legal Studies (Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement* 2014), las cuales encuentro acertadas y ajustadas

de la enseñanza del Derecho para los *Critical Legal Studies* como una de las acciones transformativas más representativas del movimiento. En contraste, y a continuación dentro de esta segunda parte, profundizaré sobre las críticas más trascendentales que académicos, juristas y expertos en general han esbozado a través de los años acerca de las diversas teorías, posiciones y/o ideas de los *Critical Legal Studies*. En último lugar, desvelaré el gran impacto que, de forma progresiva, el movimiento ha tenido en la jurisprudencia, academia y teoría legal en general en Latinoamérica, haciendo un énfasis en la experiencia de Colombia, uno de los países que ha recibido la doctrina, propuestas y/o ideas de los *CLS* de forma más entusiasta entre los países de habla hispana del mundo. Obviamente, la decisión de poner a Colombia en el eje de tal análisis obedece también a mi particular condición como jurista proveniente de este país, constituyéndose en una motivación más para esgrimir tal aproximación.

(iii) Motivaciones

Las motivaciones que me han llevado a elegir el tema de los *Critical Legal Studies* como pilar fundamental de esta tesis doctoral han sido varias a saber. La primera de ellas es la gran influencia del movimiento en el ámbito académico, doctrinal y jurisprudencial en Colombia y otros países latinoamericanos como México o Argentina, el peso de las ideas de esta escuela filosófica ha venido *in crescendo*

a algunas de las ideas y principios fundamentales expuestos y defendidos por el movimiento al menos hasta mediados de la década de los ochenta.

durante los últimos años en esta parte del planeta, tal como lo expondré de forma amplia y detallada en el apartado correspondiente de este trabajo de investigación.

En vista de la gran influencia e importancia que reviste el movimiento en la academia local y en algunas decisiones judiciales de gran relevancia, es que he considerado casi que inaceptable que no exista un texto que compendie esta manifestación que es cada vez mucho más evidente, pero que infortunadamente no cuenta con un texto de referencia debidamente actualizado.

Empero, Facultades de Derecho como las de la Universidad de los Andes (Colombia), la Universidad de Buenos Aires (Argentina) o la UNAM en México, ya han sabido dar cuenta y reconocer los esfuerzos de algunos de los teóricos más importantes de los *CLS* que han terminado generando un impacto en sus academias legales, inclusive en la propia forma de enseñar el derecho y de ofrecer a los futuros abogados una alternativa más a la hora de abordar el estudio de las ciencias jurídicas. Estas universidades han llegado a tal punto de reconocer la importancia e influencia de los académicos de los *Critical Legal Studies* que ya han otorgado títulos de doctor *Honoris Causa* a destacados miembros del movimiento como Duncan Kennedy. Como si esto no fuera suficiente, han auspiciado foros, congresos, además de publicar traducciones al castellano de obras esenciales del movimiento para el acceso irrestricto de todos los integrantes del ámbito académico-jurídico hispanohablante, ya que, infortunadamente, casi todo el legado de los *CLS* se encuentra disponible solamente en lengua inglesa, situación que considero

había evitado la llegada más temprana de sus ideas y teorías al universo legal y educacional de los países de habla hispana.

Así las cosas, la carencia o ausencia de un texto referente sobre el movimiento en castellano, configura una de las motivaciones más significativas al momento de tomar la determinación de iniciar este ambicioso proyecto investigativo, aunada al hecho de que la única obra completa en habla hispana que se encarga de atender exclusivamente el tema de los *Critical Legal Studies* en gran extensión y detalle, ya data de hace casi veinticuatro años, que no es otra que la del profesor Pérez Lledó de la Universidad de Alicante¹⁵.

Por lo tanto, en vista de la gran influencia y el impacto de las teorías e ideas del movimiento de los *CLS* en los mencionados países latinoamericanos, principalmente en mi ámbito local (Colombia) como lo veremos más adelante, es que resulta, bajo mi criterio, de vital importancia aportar una obra a las ciencias jurídicas y sociales que compile y atienda específicamente los efectos y consecuencias de la huella que esta escuela ha venido dejando en el panorama latinoamericano (Pérez Lledó, *Critical Legal Studies* y el Comunitarismo 1995).

Por otro lado, el giro del constitucionalismo colombiano a principios de la década de los noventa, al pasar de un sistema monista o Kelseniano (heredado del modelo francés) a uno dualista,

¹⁵ Véase “El movimiento Critical Legal Studies” (Pérez Lledó, *El Movimiento Critical Legal Studies* 1996)

hizo que, a través de la promulgación de la Constitución de 1991, se otorgara un sentido jurídico a la Carta Magna, despojándola del sentido político que ostentaba hasta ese entonces para que así pudiera escalar a la cima del ordenamiento jurídico como norma de normas. Esto trajo consigo la creación del control de constitucionalidad, figura heredada de la tradición jurídica anglosajona, dejando atrás el legado del positivismo francés, situación que se convirtió en caldo de cultivo para la llegada y proliferación de, por un lado, las teorías de Dworkin y Hart (constructivistas) y, por otro, las teorías críticas del derecho entre las cuales encontramos al Realismo Jurídico y obviamente a los *Critical Legal Studies* como su sucesor natural.

El anterior escenario, como veremos de forma minuciosa en su respectivo apartado, dio inicio a una nueva era en materia jurisprudencial en Colombia, donde los jueces constitucionales empezaron a asumir roles más progresistas y posiciones activistas a la hora de aplicar el Derecho. Aquí es donde muchas de las teorías y proposiciones de los *CLS* cobran vida y se convierten en una motivación más para la realización de esta tesis doctoral, principalmente si se tiene en cuenta que el material bibliográfico sobre este particular escenario es prácticamente nulo en la actualidad, por tal razón, la originalidad y necesidad de la presente obra resulta casi que indiscutible, al menos en extensión y contenido.

Ahora bien, quiero precisar y enfatizar en el hecho de que lo que he llevado a cabo con esta tesis doctoral no sólo ha sido un

trabajo de compendiar o compilar, sino principalmente de desvelar la influencia de los *Critical Legal Studies* en el derecho y la academia local y latinoamericana en general, ya que la considero como una creciente fuente de derecho que ha pasado casi que desapercibida por años, situación que otorga aún más peso e importancia a esta tesis doctoral.

(iv) Dificultades

Al enfrentar el reto que supone la realización de un trabajo de investigación de esta magnitud, siempre se deben sortear dificultades de diversa índole. En el caso de esta tesis sobre los *Critical Legal Studies*, puedo afirmar que los obstáculos que se han presentado pueden sintetizarse en cuatro a saber: *i)* idioma de casi toda la bibliografía (inglés en un muy alto porcentaje), lo que demanda un arduo trabajo de traducción, *ii)* uso de terminología técnica y abstracción conceptual, *iii)* dificultad en la consecución de ciertas obras o textos del movimiento y *iv)* extensa lectura, selección y análisis jurisprudencial a la hora de identificar y revelar la influencia de los *CLS* y las teorías críticas del derecho en general en las decisiones de los jueces y la jurisprudencia local en general.

El primer obstáculo o dificultad a sortear ha sido la barrera del idioma que impone esta investigación, ya que prácticamente toda la bibliografía existente sobre los *Critical Legal Studies*, esto es, libros, artículos, ensayos, entrevistas, entre otros, se encuentra en inglés, pocos son los textos disponibles en castellano, los cuales en la mayoría de los casos resultan ser traducciones o artículos de autores de menor jerarquía o externos al movimiento. Esta

precisamente ha sido una de mis motivaciones para dar inicio a esta investigación, tal como lo expresé párrafos atrás. No obstante, he podido apremiar tal vicisitud en vista de que, afortunadamente, domino el idioma anglo relativamente bien, pese a ser el español mi lengua nativa. Ciertamente, la dificultad principal en relación a este primer punto ha radicado básicamente en que casi todos los textos citados en esta obra de investigación, han debido pasar por una traducción previa que yo mismo he realizado casi en su totalidad, tarea que en ciertos momentos duplica, o al menos dificulta más el trabajo que exigiría usar solamente textos en lengua castellana, los cuales obviamente no requieren la ardua tarea que lleva implícita la traducción de textos.

Esta primera dificultad guarda gran conexidad con la segunda: el uso de terminología técnica en inglés. Este obstáculo hace referencia principalmente a que varios términos o conceptos comunes utilizados por los miembros de los *Critical Legal Studies*, o no cuentan con una traducción exacta al castellano, o simplemente requieren la lectura y entendimiento del texto completo para poder deducir la que sería su mejor acepción o significado en nuestra lengua materna. A continuación, expondré dos ejemplos latentes de ello. El primero es el ilustrado por el reconocido jurista argentino Roberto Gargarella en cuanto al término “Liberalismo” (con mayúscula), utilizado frecuentemente por Duncan Kennedy, cuyo alcance e interpretación al castellano, el autor bonaerense plasma de la siguiente manera:

“Kennedy utiliza el término “Liberalismo” – con mayúscula- para indicar una visión general del mundo que es compartida tanto por el conservadurismo como por el liberalismo –con minúscula-”. (D. Kennedy, Izquierda y derecho 2010, 74 [pie de página])

Otro caso importante a citar es el relacionado con la acepción *policy*, que en su traducción ortodoxa al castellano significaría “política”. Sin embargo, incluso miembros de los *Critical Legal Studies* como el mencionado Duncan Kennedy han afirmado que tal término advierte una gran dificultad al ser traducido a otros idiomas, entre ellos el español. El jurista colombiano César Rodríguez Garavito¹⁶, autor del prólogo de la traducción al castellano de la obra de Kennedy “Libertad y Restricción en la decisión judicial” (D. Kennedy, Libertad y Restricción en la Decisión Judicial 1999), aclara la dificultad que ofrece tal término al realizar su traducción correcta al castellano, así:

“‘Argumento de conveniencia pública’ es la traducción que se ha escogido para el término inglés policy. En general, en la práctica y en la teoría jurídica de los Estados Unidos, se diferencia entre argumentos deductivos surgidos de la aplicación

¹⁶ César Rodríguez Garavito es director y cofundador de Dejusticia y director fundador del Programa de Justicia Global y Derechos Humanos de la Universidad de los Andes. Ha sido profesor visitante de las universidades de Stanford, Brown, Pretoria (Sudáfrica), American-El Cairo, Central European University y Fundación Getulio Vargas (Brasil). Director fundador del Human Rights Lab y miembro de las juntas directivas de WITNESS, Business & Human Rights Resource Center, openGlobalRights y Business & Human Rights Journal. Ha sido conjuuez de la Corte Constitucional de Colombia y es columnista de El Espectador. (Rodríguez Garavito, Dejusticia 2003)

silogística de las reglas jurídicas positivas, y argumentos de policy, esto es, relativos no a las reglas existentes sino a la conveniencia para la comunidad como un todo de un resultado u otro en un caso concreto. El mismo Duncan Kennedy ha profundizado recientemente en esta distinción, y ha mencionado expresamente la dificultad de traducir policy a otros idiomas". (D. Kennedy, Libertad y Restricción en la Decisión Judicial 1999, 111 [pie de página])

Ahora bien, en lo relacionado con la “abstracticidad” de los conceptos de los *CLS*, quiero hacer referencia a que muchas de sus ideas, proposiciones y/o teorías, revisten cierto grado de dificultad o complejidad a la hora de su comprensión, por lo que consideré oportuno tratar, en la medida de lo posible, “aterrizar” tal complejidad lingüística y terminológica, haciendo uso de un lenguaje más “amigable” y cercano al lector final para dar paso a una mejor aprehensión de los conceptos delineados y contar con una visión más diáfana de los diferentes elementos relacionados en esta tesis.

En cuanto a la tercera dificultad a la hora de desarrollar la presente tesis doctoral, encontré que revestía gran dificultad, tanto en España como en Colombia –países entre los que conmuté durante toda esta enriquecedora experiencia académica- encontrar textos de referencia sobre el movimiento de los *Critical Legal Studies*. Ello me obligó a ir paulatinamente acrecentando mi biblioteca personal sobre el tema, pese a que muchos textos, o bien eran difíciles de conseguir, sus precios eran demasiado elevados, o simplemente no

se encontraban en *stock* en ninguna tienda física ni en internet. Esto me llevó a tener que esperar algún tiempo para acceder a determinado material mientras visitaba más bibliotecas de universidades y librerías entre los dos países para así ir recopilando gradualmente más material bibliográfico que me fuera útil para ampliar esta investigación. Finalmente, creo que logré apremiar esta vicisitud, ya que considero que, bibliográficamente hablando, la presente tesis doctoral reúne referencias a prácticamente la gran mayoría de textos relevantes escritos hasta la fecha sobre los *Critical Legal Studies*, tanto en inglés como en castellano, como se puede apreciar con amplitud en la bibliografía relacionada en la etapa concluyente de esta obra.

Para concluir esta parte introductoria, debo admitir que el último obstáculo con el que me topé fue el de la búsqueda de jurisprudencia idónea que me permitiera exponer y probar de forma fehaciente la gran influencia de las teorías y proposiciones de este movimiento crítico del derecho –y otros afines como el Realismo Jurídico y la Teoría Crítica de la Raza- en las posiciones y decisiones de los altos tribunales colombianos, principalmente de la Corte Constitucional. Esto me obligó a hacer revisión de una enorme cantidad de jurisprudencia, decantándome finalmente por abordar principalmente la de la última década, toda vez que mi intención era mostrar que tal influencia es actual y habita aún en las consideraciones, fundamentos y providencias de las altas Cortes colombianas.

No obstante, dada la dimensión de la anterior dificultad – principalmente por la gran cantidad de providencias a revisar-, he de decir que en definitiva conté con algo de suerte. Esto se debió a que me encontré con sentencias que resultaron ser determinantes no sólo para el constitucionalismo local sino también internacional, incluso llegándose a convertir en verdaderos hitos del constitucionalismo actual. Además, ya había realizado investigación previa sobre el tema, por lo que conté con un punto de partida sólido y bien fundamentado como lo fue el trabajo final de máster que antecedió la realización de esta tesis. Una de las providencias judiciales con las que tuve la gran fortuna de encontrarme –y encontrar su nexo con los *Critical Legal Studies*-, fue la sentencia C-577 de 2011 de la Corte Constitucional colombiana que reconoció por primera vez la posibilidad de matrimonio civil a parejas del mismo sexo, incluso exhortando al Congreso de la República¹⁷ a legislar sobre el tema. Esta providencia exhibe el uso de técnicas argumentativas del movimiento *sub examine*, además de obedecer a ideas expuestas en la teoría de la adjudicación de Duncan Kennedy y emanadas de otras fuentes post-realistas del derecho, las cuales analizaré a fondo en su apartado correspondiente.

¹⁷ El Congreso de la República de Colombia es el equivalente a las Cortes Generales de España, conformadas por el Congreso de los Diputados y el Senado. En Colombia también existe un sistema bicameral análogo, sin embargo, el Congreso de los Diputados recibe el nombre de Cámara de Representantes. No obstante, en cuanto a número de integrantes, la cantidad actual en las Cortes Generales de España es muy superior, llegando a los 350 miembros en la actualidad mientras el Congreso de la República de Colombia ostenta los 268 componentes.

PARTE I

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y ORÍGENES

El movimiento o corriente de los *Estudios Críticos del Derecho* o *Escuela de Jurisprudencia* (Roederer y Moellendorf 2004, 246) – más comúnmente conocido en círculos científicos por su nomenclatura anglosajona como *Critical Legal Studies*, o simplemente por las siglas *CLS*-, ha sido considerado el sucesor más aventajado del Realismo Jurídico.

Para autores como Eric Engle, el *Realismo jurídico es el antepasado intelectual de los Estudios Críticos del Derecho* (Engle 2010, 272). Para otros, los partidarios de este movimiento se limitaron a localizar la génesis de la crisis del legado realista, encontrando su punto de partida donde éste terminara a través del estudio de los síntomas en el sistema judicial de fallas capitalistas y orientando así todos sus esfuerzos a la continuación del abandonado proyecto realista y, más concretamente, a auscultar las posibles causas de esos síntomas (The Harvard Law Review Association 1982, 1669). En efecto, algunas de las figuras más relevantes del movimiento de los *Critical Legal Studies* -tales como Duncan Kennedy, Roberto Unger, Mark Tushnet, Morton Horwitz, Karl Klare, entre otros- presentan en común el perfil de “académico izquierdista” desencantado con el conocimiento legal ortodoxo o convencional (Roederer y Moellendorf 2004, 246). Además de tratarse de un amplio grupo de juristas que presentan en común “la crítica a las teorías jurídicas liberales y su pretensión de ser

políticamente neutrales” (Faralli 2007, 168), todos estos autores coincidían en señalar la importancia de centrarse en una “ley en acción” –*law in action*– que permitiera ver de forma clara y honesta lo que en realidad “se debe ver”. En efecto, como señala el profesor Pérez Lledó en su estudio introductorio para el público español al movimiento de los *Critical Legal Studies*, dos son las tesis o directrices con las que la mayoría de partidarios de este movimiento simpatizarían desde su génesis: (i) una primera tesis cercana a la investigación social heredera de Max Weber según la cual, cualquier *acción jurídica* debe entenderse en términos de categorías y propósitos extrajurídicos y (ii) una segunda tesis según la cual, el *derecho en acción* es radicalmente distinto del *derecho académico* escrito en los libros, o lo que es lo mismo, de la llamada *doctrina jurídica* (Pérez Lledó, El Movimiento Critical Legal Studies 1996, 56-57 y ss). De igual forma, para muchos de los autores partidarios del movimiento de los *Critical Legal Studies*, es necesario enfatizar el carácter netamente ideológico de la *doctrina jurídica* como instrumento de dominación social, económica y política, al favorecer los intereses de los “dominadores” y al legitimar la estructura interna de un orden jurídico construido sobre dichas premisas.

Para otros precursores del movimiento, como el profesor norteamericano Mark Tushnet, es únicamente en los restringidos círculos académicos donde se encuentra el germen de dicho movimiento y donde se puede identificar el proyecto político que aglutina y unifica a los partidarios de los *Critical Legal Studies*:

“Si Critical Legal Studies es un lugar de encuentro -location- para gente que se identifica con un determinado proyecto político, ese proyecto está localizado en la academia. Para la gente implicada en el proyecto, la psicología de autoidentificación puede requerir que se van a sí mismos como copartícipes en cuanto a ciertos compromisos intelectuales, para poder ser un lugar de encuentro político en la academia en lugar de, por ejemplo, en la política electoral”. (Tushnet, Critical Legal Studies: A Political History 1991, 1518).

El movimiento de los *Critical Legal Studies* nace en EE.UU a finales de los años setenta en una atmósfera política previamente moldeada por los movimientos radicales pro-derechos civiles y anti-guerra surgidos a comienzos de la década de los setenta y que tan decisivamente influirían los primeros años de la educación universitaria de buena parte de los miembros integrantes de dicho movimiento¹⁸.

En efecto, el movimiento surge en una época de especial desilusión de la sociedad norteamericana, tras el desastre de la Guerra de Vietnam, con el firme propósito de denunciar las nociones

¹⁸ La historia de la génesis y crecimiento del movimiento de los critical legal studies todavía no ha sido contada definitivamente. La Conferencia original, que se reunió en Madison, Wisconsin, en 1977, involucró a un pequeño grupo de profesores de Derecho quienes, a través de una compleja red personal, habían descubierto un interés común en reexaminar el pensamiento jurídico y las instituciones a la luz de progresos sociales. Durante sus primeros años, la Conferencia funcionó a pequeña escala, con participantes cuidadosamente seleccionados que participan en ella por invitación solamente. La principales provenían de las facultades de derecho de Harvard, Buffalo, Wisconsin, y Stanford (Bauman 2002, 5).

preconcebidas acerca del Derecho y las instituciones legales, propugnando así una visión alternativa del Derecho y de la sociedad.

En el otoño de 1976, Duncan Kennedy tendría una cena con quien fue profesor suyo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, David Trubek. El fin de este encuentro era determinar si era el momento adecuado para sostener una reunión con los intelectuales y académicos de izquierda o progresistas de la época. Ambos habían desarrollado una amistad cercana y al igual que con Roberto Mangabeira Unger y Morton Horwitz, existía una confianza mutua en sus instintos políticos. En vista de que en aquella época David Trubek podía recibir patrocinio económico de la Universidad de Wisconsin en su calidad de profesor de la Facultad de Derecho, se decidió que esta alma mater sería el lugar ideal para realizar la primera reunión de los *Critical Legal Studies*.

La convocatoria a esta primera Conferencia de los *CLS* se realizó a través de una carta de fecha 17 de enero de 1977, firmada no sólo por la junta organizadora del evento, sino también por aquellas personas que se convertirían más tarde en autores referentes del movimiento: Roberto Unger, Morton Horwitz, Thomas Heller, Richard Abel, Rand Rosenblatt y Stewart Macaulay, y "*(...) en ella se diseñaba una convocatoria con un carácter muy abierto e indefinido, una propuesta para una reunión de colegas que están intentando desarrollar un enfoque crítico para el estudio del Derecho en la sociedad*". (Pérez Lledó, *El Movimiento Critical Legal Studies* 1996, 39)

En consecuencia, los *Critical Legal Studies* encuentran su génesis en el año de 1977 en la ciudad estadounidense de Madison (Wisconsin), lugar donde tuvo lugar la mencionada primera Conferencia de los Critical Legal Studies (*Conference on Critical Legal Studies*). En esta conferencia se dieron cita cerca de 50 participantes, en su mayoría profesores universitarios, en áreas del conocimiento afines a las Ciencias Sociales. La diversidad de orígenes académicos y disciplinares de los integrantes pioneros del movimiento de los *Estudios Críticos del Derecho* –en cuanto a sus especialidades podemos mencionar como las más destacadas la antropología, sociología, psicología, economía, historiografía, derecho, ciencias políticas- haría que desde un primer momento este movimiento se caracterizara por una gran *heterogeneidad* en su composición y estructura interna, lo que daría lugar a una multiplicidad de posiciones epistemológicas y ontológicas –en ocasiones incluso opuestas- en relación a un mismo foro de debate.

Como años más tarde describirían dos de los miembros más destacados del movimiento, Duncan Kennedy y Karl E. Klare, en esta conferencia pionera de 1977 se acordaría que el movimiento de los *Critical Legal Studies* se conformara como un foro de debate en torno a una variedad de tópicos relacionados con la enseñanza y práctica del Derecho a través de una organización asociacionista o *membership* con férreos requisitos para la adhesión de nuevos

miembros¹⁹. Así lo manifestaron directamente ambos miembros luego de la realización de varias convenciones del movimiento: “(...) desde 1977, la CCLS se ha convertido en una organización de membresía y ha patrocinado ocho convenciones nacionales además de cinco ‘campamentos’ de verano para discutir una variedad de tópicos en la teoría, enseñanza y práctica del Derecho”. (Kennedy y Klare, A Bibliography of Critical Legal Studies 1984, 461)

Esta primera Conferencia se destacó por la presencia de tres grupos fundamentales. El primero estaba conformado exclusivamente por los sociólogos legales (o jurídicos). En aquella época, David Trubek hacía parte de la Asociación de Derecho y Sociedad²⁰, una red estadounidense de sociólogos del Derecho,

¹⁹ Tras la conferencia de 1977, tuvieron lugar ocho convenciones nacionales, además de cinco “summer camps”. Véase “A Bibliography of Critical Legal Studies”(Kennedy y Klare, A Bibliography of Critical Legal Studies 1984, 461).

²⁰ La Asociación de Derecho y Sociedad (LSA) fue fundada en 1964 por los profesores Harry Ball, Robert Yegge y Richard Schwartz. El Profesor Ball se convirtió en el primer presidente de la LSA, y el profesor Schwartz se convirtió en el primer editor de la revista de la Asociación, la Law & Society Review. Con la ayuda de una subvención de la Fundación Russell Sage, el primer número de la Revista apareció en noviembre de 1966. Durante su primera década, las reuniones de LSA se celebraron conjuntamente con las reuniones de otras importantes asociaciones disciplinarias. (...)

Aunque comparten un compromiso común para desarrollar comprensiones teóricas y empíricas de la ley, los intereses de los miembros varían ampliamente. Algunos colegas se preocupan por el lugar del derecho en relación con otras instituciones sociales y consideran el derecho en el contexto de las amplias teorías sociales. Otros buscan entender la toma de decisiones legales por individuos y grupos. Otros estudian sistemáticamente el impacto de reformas específicas, el cumplimiento de las leyes fiscales, el sistema de justicia penal, el proceso de los litigios, el funcionamiento de los jurados, la globalización del derecho y los múltiples papeles desempeñados por diversos tipos de abogados. Algunos tratan de describir sistemas legales e identificar y explicar patrones de comportamiento. Otros usan las operaciones del derecho como una perspectiva para entender la

principalmente de naturaleza interdisciplinaria, conformada por profesores de las facultades derecho y científicos sociales, la mayoría de ellos de tendencia progresista. Los nombres más destacados de esta Asociación, que asistieron a la Conferencia fueron: Lawrence Friedman, Marc Galanter, Stewart Macaulay y Willard Hurst. Todos tenían conexiones y vínculos al interior la facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin y se auto proclamaban como representantes de la teoría social de la época.

En segundo lugar, estaba la red de Harvard. Ni Unger ni Horwitz pudieron hacer presencia al final, pero sí algunos de sus estudiantes más aventajados: Mark Kelman, Karl Klare, Kathy Stone, Joe Singer y Lucie White.

Y finalmente, en tercer lugar, estaba la gente de la facultad de Derecho de la Universidad de Yale, amigos de Duncan Kennedy que se habían convertido en profesores de derecho, entre los cuales podemos resaltar nombres como el de Mark Tushnet, Rand Rosenblatt, Ann Freedman, Peter Gabel y Alan Freeman, quienes más tarde harían parte del eje del movimiento.

Duncan Kennedy hace un retrato fiel de la orientación teórico-política de estos tres grupos, describiéndolos en los siguientes términos:

ideología, la cultura, la identidad y la vida social. Cualquiera que sea la cuestión, existe una apertura en la Asociación para explorar los contornos de la ley a través de una variedad de métodos de investigación y modos de análisis. (Law and Society Association 2016)

*“Los sociólogos jurídicos, progresistas orientados hacia la teoría social, representaban a una generación más vieja. También tenían una comprensión muy profesional de la sociología del derecho: se consideraban miembros distinguidos de la profesión académica de la Sociología. Así, aunque escribían acerca del Derecho, preferían libros a artículos de revisión de leyes, despreciaban a los académicos legales como formalistas y querían ser respetados por los sociólogos. Weber y Durkheim fueron las influencias teóricas abrumadoras. Dentro de nuestra generación, incluyendo a nuestros estudiantes, la división estaba entre los marxistas y los no marxistas. La fila marxista estaba representada por Kathy Stone y Karl Klare, que se veían con una fuerte trayectoria marxista, y Rand Rosenblatt y Mark Tushnet. Alguien como Mark Kelman, por el contrario, era mucho más cultural, completamente anti-marxista, radical. Por supuesto, no todo el mundo era marxista o no marxista. También había personas en el medio que tenían una relación compleja o ambivalente con el marxismo. Eso me incluye, como lo expliqué hace un minuto. Éramos anti-dogmáticos de los nuevos izquierdistas radicales, sin embargo, obsesionados con la teoría”. (D. Kennedy, *Law on the Left: a Conversation with Duncan Kennedy* 2015, 22)*

No obstante, aparte del anterior hito fundacional del movimiento, se había presentado otro previamente, el cual merece especial mención por resultar determinante en la inepción del movimiento. Se trata del programa de la Universidad de Yale “Derecho y Modernización” al que en aquella época asistieron

algunos nombres que más tarde se convertirían en puntos de referencia y piedras angulares de los *Critical Legal Studies*: Duncan Kennedy, Mark Tushnet, David M. Trubek, Tom Heller, Richard Abel, Helene Iestwaart y Nancy Gartner.

Estos intelectuales estaban convencidos de que el estudio del derecho requería de un nuevo enfoque, y luego de varios debates, se esbozaron los esquemas dentro de los cuales más tarde se enmarcarían los *Critical Legal Studies*, tal como lo menciona el propio Mark Tushnet en la obra que lleva precisamente como título el nombre del movimiento: “[e]n el curso de esas discusiones, configuradas por la confrontación del realismo jurídico con la teoría social clásica, en un clima de confrontación política, los esquemas de lo que serían los *Critical Legal Studies* serían bosquejados”. (Tushnet, *Critical Legal Studies: A Political History* 1991, 1533)

Como veremos más adelante, en su apartado correspondiente, durante la etapa preliminar de los *CLS*, a inicios de la segunda mitad de la década de los años setenta, una de las actividades más importantes desarrolladas por el movimiento era la de estimular la investigación y la redacción de artículos y ensayos con el fin de crear un ambiente de colaboración y redes de apoyo mutuo entre sus miembros. De hecho, el primer resultado de tal actividad investigativa y de producción intelectual fue la obra publicada bajo el nombre de “*A Bibliography of Critical Legal Studies*” (Kennedy y Klare, *A Bibliography of Critical Legal Studies* 1984), editada en el año de 1984 por la propia editorial de la prestigiosa Universidad de Yale en los Estados Unidos. La razón principal de esta publicación

era el difícil acceso que, de acuerdo a sus autores, estaba teniendo el público a la extensa literatura que los *Critical Legal Studies* habían producido hasta la fecha. De esta forma, se deja plasmado en la propia parte introductoria de la mencionada obra:

“Hasta ahora, los interesados en la vasta literatura de los Critical Legal Studies no han tenido fácil acceso a ella. Debido a que los Critical Legal Studies abarcan disciplinas diferentes al derecho y porque muchos artículos de los Critical Legal Studies abordan categorías jurídicas tradicionales, el uso de herramientas de referencia legal estándar no permite aislar fácilmente esa literatura. Con el fin de ayudar a los interesados en este cuerpo de trabajo, el Yale Law Journal está publicando la siguiente bibliografía de los Critical Legal Studies preparada por los profesores Duncan Kennedy y Karl Klare”. (Kennedy y Klare, A Bibliography of Critical Legal Studies 1984, 461)

Esta bibliografía, compendiada por los ya mencionados profesores Duncan Kennedy y Karl E. Klare, compilaba los resultados de los esfuerzos de profesores de derecho, abogados, teóricos sociales y estudiantes que eran relevantes para el movimiento y particularmente útiles para los interesados en los campos de estudio que abordaban.

Desde 1981 hasta la fecha de publicación del mencionado compendio, las cabezas visibles de los CLS publicaron diecinueve versiones “informales” de la bibliografía del movimiento y, debido a la gran respuesta por parte de profesores de derecho, abogados y estudiantes, quienes las consideraron útiles y relevantes, la Revista

de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale decidió editar una versión revisada y actualizada hasta esa fecha.

Sin embargo, desde la década de los ochenta, el movimiento iría mutándose en diferentes fases –con características particulares para cada una de ellas²¹- y se extendería como “Escuela de Jurisprudencia” por diferentes países. Del análisis detallado de cada una de estas etapas de formación del movimiento de los *Critical Legal Studies* nos ocuparemos con detenimiento en sucesivos apartados de la presente investigación -más concretamente, en el epígrafe 2.3 de esta primera parte.

²¹ Concretamente, estas diferentes fases serán analizadas en el subapartado 2.3 de nuestra tesis doctoral dedicado a las diferentes etapas de desarrollo del movimiento de los *Critical Legal Studies*.

2. ¿QUÉ SON LOS CLS?: UNA APROXIMACIÓN TERMINOLÓGICA

Para llegar a configurar una definición más o menos acertada sobre el movimiento de los *Estudios Críticos del Derecho*, es necesario, a nuestro entender, “desmembrarlo” terminológicamente o, lo que es lo mismo, analizar por separado cada uno de los elementos que componen su nomenclatura.

(i) En primer lugar, el término “estudios” hace alusión a la propia estructura interna del movimiento. Los *Estudios Críticos del Derecho* no constituyen un sistema teórico – al estilo de sistemas constructivistas como los de Kelsen, Hart o Dworkin –, sino una variada *red* de trabajos que tocan temas heterogéneos y que hacen crítica de objetos diversos, tales como la adjudicación o la educación jurídica, entre otros muchos (D. Kennedy, Libertad y Restricción en la Decisión Judicial 1999, 36)²². Este rasgo de heterogeneidad que se manifiesta en el empleo del término “estudios” en plural, también se refiere a la multiplicidad de disciplinas que dichos estudios abarcan, como la filosofía, la antropología, la sociología o la psicología entre otras ya mencionadas.

²² Este texto, pese a ser una traducción del ensayo original de Kennedy “Freedom & Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology” (D. Kennedy, Freedom & Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology 1994), esta cita corresponde al estudio introductorio del jurista colombiano César Rodríguez Garavito (Rodríguez Garavito, Libertad y restricción en la decisión judicial (Estudio Preliminar) 2005, 36)

En efecto, el *modus operandi* y forma de trabajo de los *Estudios Críticos del Derecho* como movimiento, forja desde sus orígenes su esencia heterogénea y plural, enfatizando su distanciamiento del tipo de análisis sistemáticos comunes a otros movimientos. Es en esta clase de actitudes y líneas de trabajo heterogéneas se vería reflejada más tarde la faceta postmoderna de los *CLS*, toda vez que – tal como lo afirmara el propio Minda- el postmodernismo en el que se inserta el movimiento es “una práctica y una condición opuesta a la ‘Gran Teoría’, a los patrones estructurales, a los conocimientos fundacionales”. (Minda, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence At Century's End* 1995, 3)

Asimismo, una de las características más visibles del movimiento es la de conformarse en un “amalgama” de estudios críticos locales que se apartan o distancian de las grandes teorías sistemáticas esbozadas por un único autor. En este sentido, resultó significativa la empresa emprendida en 1984 por Kennedy y Klare cuando se propusieron realizar un trabajo de compilación de todas aquellas monografías y artículos realizados desde la década de los setenta por intelectuales afines al movimiento de los *Estudios Críticos del Derecho*, los cuales trataban diversidad de temas aunque con el propósito único de criticar la dogmática y la teoría dominantes respecto a una selección de temas jurídicos específicos; este esfuerzo compilador emprendido por ambos autores dio como resultado la conformación de la obra “Una Bibliografía de los Estudios Críticos del Derecho”, publicada en la revista de la facultad

de Derecho de la Universidad de Yale (Kennedy y Klare, A Bibliography of Critical Legal Studies 1984).

A pesar de esa diversa amalgama en los temas de estudio y trabajo en los que se ha especializado cada autor perteneciente al movimiento de los *Critical Legal Studies*, sus diferentes miembros – los llamados “críticos” o “crits” en terminología anglosajona – comparten ideales académicos y políticos comunes. Siguiendo el esquema establecido por Minow, dichos ideales comunes pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

“Los autores “críticos” intentan demostrar la indeterminación de la doctrina jurídica; según ellos, cualquier conjunto de principios jurídicos puede ser usado para conseguir resultados opuestos.

Los autores “críticos” llevan a cabo análisis históricos y socioeconómicos para demostrar cómo los grupos de interés, las clases sociales o las instituciones arraigadas en los diferentes sectores socio-económicos y culturales de un país se benefician de las decisiones jurídicas.

Los autores “críticos” pretenden mostrar cómo la doctrina jurídica rechaza la credibilidad de elementos de análisis provenientes de otros ámbitos de la vida social y para ello, legitiman la validez de los resultados obtenidos mediante enfoques de análisis heterogéneos en las prácticas jurídicas, procurando para ello traer a la luz visiones sociales nuevas, previamente desfavorecidas o marginalizadas ante el statu quo,

mediante su incorporación en el discurso del Derecho". (Minow, Law Turning Outward 1986)

(ii) Después de analizar las diversas connotaciones del movimiento en cuanto al primer término que compone su nomenclatura -el término "estudios"-, resulta pertinente abordar en segundo lugar, el sentido "crítico" del mismo.

Efectivamente, el atributo "crítico" se encuentra intrínseco en la propia tesis gestacional e ideología del movimiento como tal. En palabras de Rodríguez:

"(...) el movimiento es crítico tanto en el sentido sociopolítico y cultural de resistencia a la desigualdad y a los patrones sociales existentes, como en el sentido metodológico, en tanto su instrumento principal de oposición es la deconstrucción de todo tipo de objetos de la tradición jurídica, como las sentencias, los manuales de enseñanza, los libros y artículos que desarrollan sistemas teóricos constructivistas y las opiniones de profesores de derecho y de abogados". (Rodríguez Garavito, Libertad y restricción en la decisión judicial (Estudio Preliminar) 2005, 39)

Algo notorio en la naturaleza de los *Estudios Críticos del Derecho* es su posición eminentemente izquierdista en relación al carácter social, político y cultural de la crítica desarrollada por los autores congregados en el movimiento; esta perspectiva se manifiesta a través del ataque a las instituciones y a las prácticas que generan desigualdad social, como es el caso de la concepción

sobre la aplicación neutral del derecho por parte de los jueces y la creencia en la coherencia del discurso legal como tal, traducido al Derecho.

Asimismo, la posición común adoptada por los diferentes autores “críticos” en cuanto al concepto de *statu quo* no es más que una continuación del legado realista heredado, según el cual, existen lagunas, vacíos, tensiones y contradicciones al interior no sólo del Derecho -como contenido- y las disposiciones legales que lo componen -como continente-, sino también en el seno de las propias doctrinas.

(iii) Habiendo explicado el significado que yace en el interior de los dos primeros términos “estudios” y “críticos” que componen la nomenclatura del movimiento objeto del presente estudio, es pertinente referirnos ahora al tercer elemento: el concepto de “Derecho”.

El término “Derecho” debe entenderse aquí como el conjunto “eclectico” de trabajos académicos desarrollados por los miembros del movimiento que apuntan a lo que el propio Duncan Kennedy denomina como el “interior” del Derecho. Para ampliar más este significado, es pertinente citar a dicho autor en su acotación sobre la naturaleza jurídica de los *Estudios Críticos del Derecho*:

“La crítica (...) apunta ‘al interior’ del derecho, al dominio de las reglas detalladas, de los argumentos comunes, de las prácticas familiares de la producción académica y judicial. Los miembros del movimiento enseñan, por otra parte,

preferentemente las materias elementales, y se ocupan con frecuencia en sus escritos de las cuestiones técnicas que preocupan a las corrientes dominantes. Es precisamente esto lo que les permite tener un efecto en las facultades (...)”(D. Kennedy, Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos 1992, 284)

Asimismo, en lo concerniente a la naturaleza ecléctica de la dimensión crítica del movimiento, resulta relevante citar de nuevo a Kennedy, ya que, a renglón seguido de la anterior disertación, realiza una importante alusión a este tema específico:

“Con pocas excepciones (...) no se trata aquí ni de filosofía, ni de sociología del derecho, aunque se tomen en préstamo sin pudor los textos clásicos de estas disciplinas, de forma ecléctica, y aunque se pretenda superarlos mientras se los canibaliza. Esta inversión de las jerarquías convencionales de las disciplinas ocasiona muchos malentendidos, en parte porque sus motivaciones culturales y políticas son ininteligibles o repugnantes para la mayor parte de filósofos o sociólogos profesionales. Su análogo europeo se encuentra, quizá, en la ‘crítica cultural’ (p. ej. Gramsci, Nietzsche, Benjamin), cuyas pretensiones filosóficas siempre han generado burla o irritación entre los profesionales (...)”. (D. Kennedy, Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos 1992, 284, 285)

Las anteriores aserciones de Kennedy nos permiten deducir, en primer término, que la crítica de este movimiento va dirigida fundamentalmente a las doctrinas atinentes a problemas jurídico-técnicos de diversa índole, enmarcadas todas ellas en las diferentes

ramas académicas de estudio del Derecho y de producción judicial. En segundo término, y en cuanto a la crítica que inflige este movimiento a la educación que se imparte en las enseñanzas jurídicas como mecanismo para la reproducción de jerarquías sociales, es pertinente señalar que dicha crítica se orienta al firme propósito de transformar hacia una dirección progresista la práctica jurídica.

2.1. Definiendo a los Critical Legal Studies

En una entrevista realizada a Duncan Kennedy en otoño de 1987 para la revista *Barrister*, la entrevistadora, Vicki Quade, formuló el siguiente interrogante: Explique su manifiesto al hombre de la calle: *¿Qué significa realmente Critical Legal Studies?*” (D. Kennedy, *¿Son los abogados realmente necesarios?* 1987, 12)

La respuesta de Kennedy no se hizo esperar:

“Critical Legal Studies es un movimiento o una organización, no una ideología o manifiesto. Es una red, un grupo de personas que están en estrecho contacto entre sí, que comparten cierta voluntad de conocer y discutir el trabajo de los otros, y que comparten algunas actitudes. No se trata de un manifiesto, es más bien un conjunto de actitudes. La mayoría de los miembros de Critical Legal Studies son profesores de Derecho. Hay un número relativamente pequeño de abogados que ejercen la profesión, y también algunos teóricos de otras ciencias sociales. No es un movimiento social en el sentido ordinario del término, ni una organización de base. Es más bien una asociación bastante libre de profesores de derecho. Critical Legal Studies es una red

de izquierda. Casi todos sus miembros son de centro izquierda, liberales o radicales. Pero no es una red políticamente excluyente, ya que también hay personas asociadas que son conservadoras pero que están interesadas en el aspecto intelectual. El movimiento comparte también un proyecto de reforma de la educación jurídica. Una actitud crítica hacia la forma en que funciona la educación jurídica, una crítica humanística a la educación jurídica". (D. Kennedy, ¿Son los abogados realmente necesarios? 1987, 12)

En base a las apreciaciones de Kennedy, podemos resumir en tres las cuestiones esenciales que abordó el movimiento de los *Critical Legal Studies* durante sus primeros años de formación.

(i) La primera consistía en desarrollar una crítica al funcionamiento del sistema legal en los Estados Unidos de América desde una perspectiva eminentemente de corte izquierdista.

(ii) La segunda cuestión formulada se dirige a los propios operadores jurídicos –ya sean jueces o abogados– para quienes se pide que detenten una mayor responsabilidad social.

(iii) Por último, la tercera cuestión esencial se orienta a la reivindicación del papel del Derecho como mecanismo de redistribución de la riqueza y el poder en la sociedad. Es por ello que, para los partidarios del movimiento, si la distribución de riqueza y poder es desigual o injusta, el Derecho tiene una gran injerencia y responsabilidad en ello; para los partidarios de los postulados de esta escuela crítica del Derecho, el órgano legislador o

las instituciones que se encargan de crear el Derecho en un país son los responsables “directos” de dicha injusticia o desigualdad social.

En este sentido, el profesor Duncan Kennedy considera que la “red nacional” del movimiento de los *Critical Legal Studies* surgido en Estados Unidos en la década de los setenta se identificaba sobre todo con esta tercera cuestión, siendo ésta la actitud política e intelectual más ampliamente divulgada por los integrantes de aquella red que conformaría al movimiento académico de izquierda más efectivo y duradero en el tiempo (D. Kennedy, *La controversia política es parte del razonamiento jurídico* 2005, 324).

Ahora bien, ahondando más en lo que este autor ha manifestado en relación a la definición de los *Critical Legal Studies*, es necesario precisar, en primer lugar, que para Kennedy se trata ante todo de un movimiento doctrinal, una organización o red “académica” con un alto contenido intelectual y formativo, conformada en su mayoría por profesores de facultades de Derecho de universidades estadounidenses y, en una menor escala, por técnicos del Derecho (abogados y jueces) o por profesionales de diversas ramas de las Ciencias sociales. En segundo lugar, a juicio de Kennedy, y sobre lo cual he sido reiterativo, los *Critical Legal Studies* pueden ser definidos como un movimiento de corte izquierdista²³ ya

²³ En 1998, en un artículo publicado en la revista de Economía y Derecho “The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law”, Kennedy aseveró que los “Critical legal studies fue un movimiento político / académico de izquierda que ahora sólo existe como una escuela de pensamiento en la academia legal” (D. Kennedy, *Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies* 1998, 465)

que casi todos sus integrantes son liberales, radicales o pertenecen al centro izquierda. Pese a esto, no es una organización de naturaleza excluyente ya que cuenta con miembros de tendencia conservadora que tienen interés, desde el punto de vista intelectual, en la literatura y posiciones asumidas por los *crits*.

Por último, el movimiento de los *Critical Legal Studies* pueden concebirse como una aspiración, una pretensión o –en palabras del propio Kennedy- como un “proyecto” que busca reformar la educación que se imparte en las diversas facultades de Derecho. Desde esta concepción, y partiendo del carácter netamente académico y formado de los miembros que lo integran, el movimiento asume desde un primer momento una posición eminentemente crítico-humanística respecto a la manera en que se imparte la educación universitaria en Derecho.

Las tres aseveraciones anteriores introducidas por Duncan Kennedy no deben convertirse en un obstáculo a la hora de concebir a los *Critical Legal Studies* como una escuela de pensamiento diferente del movimiento como tal. El dinamismo que caracterizaría a dicha “Escuela de Jurisprudencia” se materializaría en una profusión de actividades académicas –como conferencias²⁴, reuniones y congresos- y en la divulgación de artículos en revistas o publicaciones académicas de las diversas universidades o claustros

²⁴ Como vimos en el primer apartado de esta investigación, la primera conferencia de los CLS aconteció en el año de 1977, y en ella se reunieron tres grupos principales: los sociólogos jurídicos, la red de Harvard y la gente de Yale (D. Kennedy, *Critical Legal Thinking — Law and the Political —* 2015)

académicos de donde provienen los principales integrantes del movimiento.

La influencia de los *Critical Legal Studies* como escuela de pensamiento perdura hasta nuestros días. A pesar de ser cada vez más minoritaria la influencia de este movimiento en las esferas académicas norteamericanas, su impronta perdura en las universidades latinoamericanas y, más concretamente, en las facultades de Derecho de países como Colombia, Argentina y México, entre otros. A tratar esta cuestión dedicaremos amplias secciones de estudio de la segunda parte de la presente tesis doctoral.

2.2. Activismo académico vs. Activismo político

En una entrevista concedida a la revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Suffolk en 1994 –*The Advocate*–, Duncan Kennedy introduciría los dos aspectos fundacionales que han caracterizado al movimiento de los *Critical Legal Studies* desde sus orígenes en la década de los setenta (i) como red de activismo político y (ii) como foro de activismo universitario: “¿Qué es en verdad? Creo que los *critical legal studies* tienen dos aspectos. Es una literatura académica y una red de personas que pensaban en sí mismas como activistas en la política de la Facultad de Derecho.” (D. Kennedy, *A Conversation with Duncan Kennedy* 1994, 56)

2.2.1. Critical Legal Studies como red de activismo político: *Law is Politics*

En los primeros años de desarrollo, el movimiento de los *Critical Legal Studies* se orientaría casi en exclusiva a un *activismo político*. En este sentido, el profesor Duncan Kennedy es muy enfático cuando afirma que los *Critical Legal Studies* no son una teoría sino una literatura derivada de una compleja red de activistas constituida en su mayor parte por profesores universitarios. Inicialmente se trataba de una red compuesta en su mayoría por hombres blancos –*white-anglosaxon men*– que estaban interesados en las políticas de tinte radical o pro-derechos civiles propias de la década de los sesenta, o que simplemente tenían pensamientos radicales de alguna clase. Algunos de estos intelectuales venían de cunas marxistas, otros de la reforma democrática, pero todos ellos tenían en común el sentimiento penoso de haber sido víctimas de una importante desilusión. Por un lado, los marxistas estaban desilusionados con las políticas izquierdistas desarrolladas en Estados Unidos en los años sesenta, y por ello trataban de alejarse de tal adoctrinamiento. Por su parte, los entusiastas de la reforma liberal llevaban a sus hombros una desilusión diferente, que no era otra que la ocasionada por el fracaso del gobierno federal y la respuesta del sistema como tal a los problemas sociales que caracterizaron a la década de los sesenta y comienzos de los setenta en Estados Unidos, como el movimiento femenino y de los derechos civiles o los conflictos de orden bélico, en particular la guerra de Vietnam. Al lado de los dos grupos anteriores, estaban aquellos “indecisos” que, si bien habían asumido una posición política pasiva

en la década de los sesenta –sin involucrarse en ningún argumento ni decantarse por un bando específico- se mostraban a comienzo de los setenta particularmente atraídos por los temas relacionados con el activismo político, la desobediencia civil y la oposición al *establishment*²⁵.

Los *Critical Legal Studies* conciben pues el Derecho positivo de forma política, toda vez que lo consideran como el producto de conquistas de carácter ideológico entre diversos sectores que conforman la sociedad.

Este enfoque de los *Critical Legal Studies* sobre la *naturaleza política del Derecho* se apoya sobre la crítica ejercida por el propio movimiento a la jurisprudencia de Ronald Dworkin, basada precisamente en que el Derecho como tal es el resultado de un compromiso frágil e incoherente de aspiraciones políticas no reconciliables. Para poder ilustrar esta concepción entorno a la naturaleza política del Derecho, resulta a nuestro juicio esclarecedor citar a Andrew Altman y su concepción acerca del Derecho establecido:

“(...) el Derecho establecido es el resultado transitorio y contingente de luchas ideológicas entre facciones sociales, en las que concepciones en conflicto sobre la justicia, el bien, y la vida

²⁵ Unión de élites dirigentes de los diversos grupos de interés que existen en una sociedad, las cuales han aprendido a trabajar juntas, se han unido entre sí y han generado una conciencia de su identidad como grupo y de sus intereses comunes, que frecuentemente se contraponen con los intereses de los grupos que representan (Arnoletto 2007, 31).

social y política, transigen entre sí, se truncan, se desvirtúan y se ajustan. La idea aquí no es simplemente que hay principios en conflicto incorporados al Derecho establecido, aunque ése es un punto de partida para el planteamiento del problema. La idea fundamental es que el peso y el ámbito de aplicación que tienen esos principios en el Derecho establecido no vienen determinados por algún principio filosófico situado en un meta nivel que impone orden y armonía, sino por una lucha de poder ideológica en la que teorías coherentes se truncan y transigen a medida que se acomodan a sí mismas en el cuerpo del Derecho. El Derecho como un todo, y cada una de sus ramas, representa el resultado (temporal) de ese conflicto ideológico”(Altman, Legal Realism, Critical Legal Studies and Dworkin 1986, 221).

Para los partidarios de los *Critical Legal Studies*, el Derecho está indudablemente teñido de rasgos políticos; en efecto, está tan incrustado en este ámbito de la sociedad, que todas las disputas que acaecen a nivel político entre los diversos ideales y concepciones se manifiestan inmediatamente en el propio lenguaje jurídico. Las divergencias que se pueden encontrar entre las diferentes categorías legales son claramente la reverberación de la discordia existente entre valores políticos diferentes, fragmentando de esta manera el Derecho a imagen y semejanza de las estructuras políticas. Sin embargo, para los pensadores críticos, la política se manifiesta tanto en el proceso de producción del Derecho como en el proceso de adjudicación; en efecto:

“(...) los miembros de los Critical Legal Studies entienden que ‘el Derecho es política’ en el sentido de que son motivos políticos los que mueven al juez en su toma de decisiones, aunque estos jueces luego busquen una argumentación jurídica a la hora de justificar esa decisión basada en preferencias políticas... A menudo se defiende desde los Critical Legal Studies el carácter ‘político’ del Derecho, entendido genéricamente como el hecho de que juicios descriptivos y normativos que son controvertidos u opinables forman parte ineludible de la adjudicación jurídica, no menos que de la discusión política.”(Haba 2004, 327)

Asimismo, es importante señalar que cuando los *Critical Legal Studies* argumentan que el Derecho es política, *Law is Politics*, no hacen referencia exclusiva a su injerencia en la ley, sino que también sostienen que el Derecho representa el despliegue del ejercicio del poder político bajo otro calificativo o denominación. Un ejemplo claro del despliegue del ejercicio de este poder político se encuentra plasmado en el nombramiento de determinados miembros de órganos jurisdiccionales superiores –como la designación de los magistrados del Tribunal Supremo norteamericano- o en la figura de los empleados de libre designación y remoción donde la elección se basa meramente en la predilección política y/o criterios de oportunidad político-social. Como ya hemos visto, los *Critical Legal Studies* rehúsan a establecer una diferencia entre Derecho y política, por ende, los conceptos de razonamiento jurídico y discusión política están inmersos el uno dentro del otro, lo que hace que su óptica acerca del Derecho sea eminentemente dinámica y, por tanto, esté en constante evolución. El fin de esta óptica es desvelar cómo la

lucha política se encuentra activa, viva no sólo en la génesis del Derecho, sino también al interior de su funcionamiento, y se plasma en actividades como las pretensiones del abogado litigante en su demanda, en la hermenéutica del operador jurídico al aplicar la ley, sólo por nombrar algunos de los casos cotidianos más recurrentes.

Por último, aunque no menos importante, uno de los postulados que mejor caracterizan al movimiento de los *Critical Legal Studies* es el hecho de que esa lucha política sea reproducida en todos los ámbitos jurídicos de la sociedad. Enrique Pedro Haba profundiza acertadamente sobre este aspecto particular en su obra sobre “Axiología jurídica fundamental” cuando señala que la lucha política “(...) no solo está en el origen del sistema jurídico, sino que continúa presente en su funcionamiento ordinario”. (Haba 2004). Como bien señala el mismo autor, la discusión política continúa presente en la actividad judicial no sólo en uno, sino en dos sentidos:

“(...) no ya solo en el sentido de que los jueces a menudo, consciente o inconscientemente, deciden [en el “contexto de descubrimiento”] atendiendo a sus convicciones políticas, sino en el sentido de que, en las discusiones jurídicas, en la “argumentación” [contexto de validez] de las decisiones judiciales, se reproducen prácticamente todas las controversias que desempeñan un papel significativo en el debate público sobre cuestiones políticas. El mismo espectro de ideologías y argumentos que fragmentan el debate político en nuestra cultura, se refleja también de una u otra forma en el discurso

jurídico, tanto en el Derecho positivo como en la argumentación judicial". (Haba 2004, 327, 328)

Dado que el Derecho es política –en definitiva, es el resultado de las pugnas de carácter ideológico que se manifiestan en la sociedad-, los partidarios de los *Critical Legal Studies* buscan establecer las diferencias esenciales entre la naturaleza de las decisiones políticas y la fundamentación ideológica de las decisiones legales. Como ilustrativamente reseñan Allan C. Hutchinson y Patrick J. Monahan, “(...) *el Derecho es simplemente la política disfrazada en un atuendo diferente; ni opera en un vacío histórico ni existe independientemente de las luchas ideológicas en la sociedad*”. (A. C. Hutchinson, *The Rule of Law: Ideal or Ideology* 1987, 206)

Desde la óptica liberal, se exige que el razonamiento jurídico, que es el que hace alusión a los derechos de las personas bajo el imperio de la ley, esté claramente diferenciado del razonamiento político que es el que atañe al tema de los valores y la ética. Para los *Critical Legal Studies*, este escenario no es posible, la distinción entre derecho y política se derrumba, por lo que el razonamiento jurídico, en un caso concreto, es equivalente al razonamiento sobre cuál de las partes cuenta con los argumentos éticos o morales más sólidos a la hora de tomar una decisión de fondo. Para los partidarios de los *Critical Legal Studies*, el Derecho no opera de forma autónoma de la política ni de la ética. Negar dicha dependencia mutua sería una falsedad. En este sentido Klare se pronuncia al señalar que “(...) *esta afirmación sobre el razonamiento jurídico, que es autónomo de la elección política y ética es una*

falsedad. Es una falsedad muy importante ya que legitima el poder de los jueces del derecho común y de la profesión legal". (Klare 1982, 340)

Así pues, los *Critical Legal Studies* no establecen una distinción clara entre *Política y Derecho* y para ello incorporan la noción de lo que podemos calificar como *Derecho en movimiento*; en efecto, al estar presente la lucha de carácter político no sólo en la génesis o en la creación del Derecho, sino también en su desarrollo posterior, toda norma jurídica se presta a ser interpretada de diferentes formas y, en consecuencia, los jueces pueden decidir cómo aplicarla de acuerdo a sus propias convicciones personales. Al fusionar *Política y Derecho* encontramos que en el ordenamiento jurídico se plasman fielmente todas las aspiraciones políticas existentes en la sociedad considerada en un contexto determinado. Como señalara el profesor Pérez Lledó, la posición de los *CLS* en cuanto a la necesidad del sistema dominante de establecer una distinción entre Derecho y política, esconde una pretensión en concreto:

"(...) pretende congelar ante nuestras conciencias lo que en realidad no es más que una foto fija de un momento determinado en ese proceso dinámico de lucha política que está tanto en el origen como en el funcionamiento cotidiano del Derecho". Dicha "congelación" proporciona una apariencia de estabilidad y coherencia del Derecho y de sus principios orientadores mucho mayor de lo que en verdad su génesis política nos puede proporcionar". (Pérez Lledó, El Movimiento Critical Legal Studies 1996, 499).

Los *Critical Legal Studies* no sólo defienden la naturaleza política del Derecho, sino que también –como ya hemos enfatizado– consideran que no existe distinción clara entre razonamiento jurídico y discusión política, toda vez que la lucha política se encuentra vigente en todos los momentos de gestación y construcción del ordenamiento jurídico, desde su génesis hasta su funcionamiento en la actualidad. De acuerdo con Pérez Lledó, la lucha política propugnada por los *Critical Legal Studies* continúa presente también en el funcionamiento de las principales instituciones jurídicas y en cada uno de las etapas de desarrollo de los sistemas normativos, en la interpretación y aplicación jurisdiccional, en las pretensiones de los litigantes en los procesos judiciales, etc. Según los defensores de este movimiento crítico del Derecho, toda norma dispone de un margen de aplicación que posibilita la discrecionalidad política del intérprete, no sólo en el sentido de que los principales agentes jurídicos aplicadores de las normas –tales como los jueces, por ejemplo– suelen decidir conforme a sus propias convicciones políticas, si no, lo que es más importante, en el sentido de que en todos los ámbitos jurídicos se reproducen prácticamente la integralidad de las discusiones políticas presentes en el debate público de una sociedad (Pérez Lledó, *El Movimiento Critical Legal Studies* 1996, 273).

2.2.2. Critical Legal Studies como foro de activismo universitario: *How to teach Law*

Una de las más importantes aportaciones de los *Critical Legal Studies* como corriente de pensamiento lo constituye su decisiva intervención –tanto política como intelectual– en el ámbito

académico, más precisamente en la enseñanza del Derecho y en las metodologías docentes en las diferentes facultades de Derecho. Éste es, efectivamente, el segundo aspecto mencionado por el profesor Duncan Kennedy cuando calificara al movimiento de los *CLS* como una red de “activistas académicos”.

Es pertinente traer a colación de nuevo –por lo menos de forma introductoria- algunas de las reflexiones elaboradas por el profesor Pérez Lledó al poner como ejemplo el modo de razonamiento que tendría un profesor universitario perteneciente a los *Critical Legal Studies* ante la cuestión de *qué puede hacer un profesor de Derecho de izquierdas a favor de sus ideales y actitudes político-morales igualitaristas, solidarias y progresistas*. La respuesta para Pérez Lledó sería la siguiente:

“Actúa en el mundo. Tu mundo es la facultad de Derecho. Allí puedes escribir toda la teoría que quieras, pero no te quedes en un mero ejercicio académico más o menos elegante. Organiza además a tu gente para actuar juntos no sólo dentro sino también fuera del despacho, en las aulas, en las juntas de facultad, en la biblioteca y hasta en el bar”. (Pérez Lledó, El Movimiento Critical Legal Studies 1996, 188 y ss.)

La escuela de los *Estudios Críticos del Derecho* se subleva pues ante las metodologías ortodoxas y las formas tradicionales de enseñanza del Derecho en los claustros universitarios y propugnan la ruptura del esquema tradicional de enseñar el Derecho como mecanismo reproductor de jerarquías. Como bien señalara Robert Gordon, aunque uno puede pensar en *Critical Legal Studies* como un

movimiento de “jurisprudencia”, o como un movimiento de teoría social, “(...) *también es útil considerarlo como un episodio en la historia de la enseñanza del Derecho norteamericana, como un manojo de críticas dirigidas contra algunas prácticas muy específicas: las teorías, doctrinas, métodos didácticos, presupuestos sociales y estilos culturales que hacia los años cincuenta y sesenta habían llegado a predominar en el “establishment” de la enseñanza del derecho americana*”. (R. W. Gordon, *Critical Legal Studies as a Teaching Method* 1989, 59)

Como veremos a profundidad más adelante, es precisamente la convicción del movimiento de que las aulas de las Facultades de Derecho son ampliamente políticas –o dicho en otros términos, que las aulas universitarias son espacios de enseñanza con alto contenido político-, lo que conduce a los principales representantes del movimiento de los *Critical Legal Studies* a considerar a la educación jurídica como un *mecanismo reproductor de jerarquías*²⁶. En este sentido, el profesor Duncan Kennedy se pronuncia en los siguientes términos:

“(...) a través del programa de enseñanza y la experiencia en clase, se inculca una serie de actitudes políticas acerca de la

²⁶ Cuando hablamos de “jerarquías” debemos tener en cuenta que en el mundo jurídico su contexto es bastante amplio y comienza precisamente desde las firmas o bufetes de abogados hasta la propia jerarquización dentro de la rama del poder judicial; todo ello se traduce socialmente en ese lugar privilegiado, pudiente, aventajado que el jurista tradicionalmente ha ocupado dentro de la sociedad. Por tanto, la enseñanza del Derecho es fuente creadora y se encuentra al servicio de este tipo de jerarquías.

economía y de la sociedad en general, acerca del Derecho y de las posibilidades de la vida profesional. (...) Esto tiene un significado ideológico general, e influye incluso sobre la vida de los estudiantes que jamás ejercen la abogacía. Hay una compleja serie de prácticas institucionales que inducen a los estudiantes a participar voluntariamente en el papel jerárquico especializado de los abogados. Los estudiantes comienzan a absorber ese mensaje ideológico general mucho antes de tener alguna idea de cómo será su vida una vez fuera de la facultad". (D. Kennedy, Legal Education as a Training for Hierarchy 1990, 123)

Uno de los temas claves que emergió de la propia óptica izquierdista característica de la génesis de los *Critical Legal Studies* consiste en la asignación de valor político a las esferas de acción habituales de los individuos; dicho con otras palabras, para los intelectuales afines a los postulados del movimiento, todos los espacios públicos donde las personas pasan la mayor parte del tiempo de su vida cotidiana y social (escuela, comercio, barrio etc.), son potenciales escenarios de actividad política. En estos espacios públicos, los grupos en conflicto interactúan y debaten de forma constante sobre temas fundamentales que van desde el ejercicio del poder hasta el bienestar de las personas; los asociados, por su parte, aprehenden, en dichos espacios públicos, actitudes sociales para poder interactuar con los demás y debatir determinados aspectos que puedan afectar su vida cotidiana. En este sentido, también se pronuncia Duncan Kennedy al señalar lo siguiente sobre su enfoque de ala izquierda durante los años sesenta:

“(…) otro gran tema que viene de nuestro punto de vista izquierdista en los 60s – del cual aún conservo mucho – es que hay política formal, sistema electoral, legislativo, de la administración en la rama ejecutiva, y esto es increíblemente importante, sin embargo, muchos de los eventos políticos que importan a personas como nosotros pasan en su mayor parte en la familia, en el lugar de trabajo, en las escuelas, en los espacios públicos como centros comerciales o en la calle. Las familias, escuelas, lugares de trabajo y calles son lugares donde las preguntas fundamentales de poder, derecho y bienestar se discuten entre grupos que están en conflicto”. (D. Kennedy, A Conversation with Duncan Kennedy 1994, 57)

Esta última idea viene a colación del propio cuestionamiento que llevan a cabo los pioneros de los *Critical Legal Studies* en relación a la enseñanza del Derecho en aulas universitarias en su calidad de espacios de intercambio social por antonomasia. Durante la década de los sesenta en Estados Unidos, las facultades de Derecho eran consideradas como espacios de intercambio social *autoritarios*. Así pues, los miembros de los *CLS* que vivieron los sucesos acontecidos y recibieron la formación legal impartida durante esa década, consideraban que el sistema universitario desarrollado en las principales facultades de Derecho de los Estados Unidos se encargaría de producir clases elitistas y poderosas de juristas con una perspectiva muy limitada en cuanto a los efectos sociales que se derivarían del poder *de facto* que terminarían ejerciendo más tarde en el *establishment* norteamericano. En este mismo sentido, y más particularmente, en relación al paralelismo

que guarda el contenido político de la enseñanza del Derecho y sus efectos sociales, es pertinente traer a colación proposiciones como la expresada por Robert W. Gordon:

“La premisa principal de Critical Legal Studies respecto de la enseñanza del derecho es ésta: que las formas convencionales de discurso jurídico, (los significados; la forma en que los generadores del derecho, tales como administradores, jueces, estudiosos, abogados practicantes y profesores hablan y analizan cotidianamente la vida social y el rol del derecho como regulador de esta última), son prácticas políticas y más aún, prácticas que producen efectos sociales innecesariamente conservadores en la mente de quienes se involucran en ellas. Más que cualquier otra cosa, los Critical Legal Studies son sólo un conjunto de técnicas con el objetivo de tratar de agitar este estado mental y sacarlo de su nube de complacencia”. (R. W. Gordon, Conferencia Brendan Brown: la teoría crítica del derecho (Critical Legal Studies), como método de enseñanza del derecho 1999, 147-172).

Se estimaba entonces bajo este precepto, que el estudiante de Derecho es una especie de máquina o “robot” que asimila una cantidad ingente de disposiciones, leyes, sentencias y reglas en procedimientos jurisdiccionales y al que se le inculca a través de sus profesores que existe algo llamado “argumentos jurídicos” que deben ser considerados como correctos, válidos o simplemente indiscutibles por mandato del propio docente. Kennedy nos proporciona algunos ejemplos de este fenómeno de aprendizaje “robotizado” en las aulas universitarias: “(...) la seguridad en las

transacciones, la certeza de los negocios, que son tratados como si fueran reglas que todo el mundo aceptara, pero que son ignoradas en el próximo caso en el que el profesor estima que la decisión fue errónea". (D. Kennedy, Legal Education as a Training for Hierarchy 1990, 123).

En virtud de lo anterior, el estudiante de Derecho se convierte, a juicio de los *Critical Legal Studies*, en una creación del *mecanismo reproductor de jerarquías*; renunciando así a su propia capacidad de reflexión crítica sobre el contenido de lo que se le enseña:

"(...) Creen lo que se les dice -señala Kennedy- respecto del mundo al que están ingresando (...) los estudiantes se comportan de un modo en el que cumplen las profecías que el sistema crea sobre ellos y sobre ese mundo. Este es el eslabón que completa el sistema: los estudiantes no hacen más que aceptar las cosas como son y la ideología no hace más que disipar toda oposición. Los estudiantes actúan efectivamente dentro de los canales contruidos para ellos, haciéndolos aún más profundos, dándole a todo una pátina de aprobación y haciendo que la complicidad penetre en la historia de vida de cada uno". (D. Kennedy, Legal Education as a Training for Hierarchy 1990, 117, 118)

Por consiguiente, en cuanto a la enseñanza del Derecho, la corriente de los *Estudios Críticos del Derecho* aboga por una incursión, por una indisolubilidad, por una fusión inseparable entre el Derecho y la teoría social; en otros términos, el objetivo es enseñar y practicar la filosofía del Derecho en las facultades insertando para ello el discurso político-moral dentro de los

estudios propiamente jurídico-normativos. Para los *académicos críticos* es difícil creer que la ley en sí, *in abstracto*, libre por tanto de la influencia de otras disciplinas humanísticas o sociales –tales como la Sociología, la Antropología, la Filosofía, etc.-, está comprometida con la transformación de una sociedad en una dirección correcta.

La posición crítica y activa de los *CLS* en relación al tema de la enseñanza del Derecho debe entenderse pues como una actividad preponderante, relevante y constitutiva dentro de su concepción de las ciencias jurídicas. En este sentido, la literatura emanada en los albores del movimiento fue un intento por descifrar buena parte de la labor del *academicismo* jurídico, o dicho con otras palabras, de todo aquello que “normalmente” se imparte en las enseñanzas universitarias de una Facultad de Derecho, tanto en los itinerarios formativos del Derecho público como privado²⁷. Este nuevo enfoque se inclinaba por discutir que cada área de la doctrina podría ser comprendida como política en una gran cantidad de formas:

"Las doctrinas son políticas en el sentido de que son las reglas básicas para la lucha entre grupos, las luchas que tienen una dimensión ideológica fuerte. En algunas áreas, esto es obvio. Nadie va a estudiar derecho comercial sin ver cómo las normas establecen los límites para los conflictos entre propietarios e inquilinos como grupos, así como las maneras de resolver

²⁷ Como referencia, véase el artículo de Mark Tushnet sobre los Critical Legal Studies y el Derecho Constitucional (Tushnet, *Critical Legal Studies and Constitutional Law: An Essay in Deconstruction* 1984) en el que aborda esta rama del derecho a través de un ejercicio de deconstrucción.

amigablemente o racionalmente los conflictos entre las personas particulares”. (D. Kennedy, A Conversation with Duncan Kennedy 1994, 57).

El segundo de los temas abordados por los *crits* pioneros del llamado “activismo académico” se dirigió a averiguar las formas en que el razonamiento jurídico tendía a ocultar o encubrir el grado de *textura ideológica abierta* de los agentes jurídicos, en general y de los jueces, en particular. Desde la perspectiva de los *Critical Legal Studies*, el poder político que han ejercido históricamente los jueces a través de todas las áreas de la doctrina jurídica ha sido legitimado –e incluso justificado– en base a la premisa de que los jueces no son actores ideológicos, al no ser elegidos a razón de criterios de oportunidad política, sino en base a criterios objetivos de méritos personales. Sin embargo, los partidarios de esta corriente crítica nos advierten de que al enfrentarnos a algunas de las deficiencias habituales de los sistemas normativos –tales como lagunas, vacíos, ambigüedades–, no queda claro ni adecuadamente explicado el modo de actuar de los operadores jurídicos, en general y de los jueces, en particular. Por este motivo, el movimiento de los *Critical Legal Studies* centra buena parte de sus esfuerzos en analizar la forma en la que los jueces ejercían su potestad discrecional y, concretamente, el modo en que se enfrentan a la *textura abierta de los textos normativos*. Duncan Kennedy advirtió en su momento que los realistas norteamericanos ya habían señalado que, pese a que los jueces no estaban automatizados en el ejercicio de su función jurisprudencial, la doctrina y el discurso jurídico que produjeran

podría llevar implícita una tendencia moderada o centrista cuyo fin último fuera precisamente el de legitimar el *statu quo*.

En relación a estas últimas afirmaciones de Duncan Kennedy, es preciso señalar que a pesar de que el movimiento de los *Critical Legal Studies* estableció pautas que han permitido el florecimiento de nuevos enfoques en la enseñanza de la disciplina jurídica, no se ha logrado, casi cuatro décadas más tarde, la transformación radical de la enseñanza del Derecho que propugnaran los partidarios de dicho movimiento. Sin embargo, parte de la impronta teórica/irónica/avanzada sesentayochera de las enseñanzas universitarias que propugnaban los *Critical Legal Studies* puede observarse hoy día en los programas más innovadores de grado y postgrado de Universidades de referencia norteamericanas y europeas. Como ya advirtiera Duncan Kennedy, las propuestas de renovación universitaria aportadas por los *Critical Legal Studies* no han logrado convertirse en el “plan de ruta” que encarna el futuro de la enseñanza universitaria del Derecho, pero *sí quizás en una brújula* (D. Kennedy, Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos 1992, 287, 288).

2.3. Cronología de una muerte anunciada: Las cuatro fases del movimiento *Critical Legal Studies*

Desde su inepción en 1977, podemos distinguir cuatro fases claves durante la relativamente corta historia del movimiento *Critical Legal Studies*. Cada fase presenta unas características particulares que la diferencian de las demás y, por esta razón, es preciso abordar cada una de ellas de forma individual. En efecto,

esta clasificación en fases o períodos resulta, a mi juicio, vital para poder analizar en las sucesivas secciones de estudio de la presente investigación, los rasgos que caracterizaron a los “críticos” en cada etapa y apreciar mejor la transformación del movimiento a través de su corta, aunque productiva, existencia.

De conformidad con Duncan Kennedy y Gary Minda, resulta pertinente identificar cuatro etapas o fases en el recorrido cronológico del movimiento de los *Critical Legal Studies*

- (i) Etapa Preliminar (1977-1983): Estudios críticos globales del Derecho y de la enseñanza jurídica
- (ii) Etapa de regeneración (1983-1984): Racionalistas vs. Irracionalistas entono al *Rights’ Debate*
- (iii) Etapa de deconstrucción del discurso de los derechos (1985-1991)
- (iv) La actualidad de los Critical Legal Studies (1992-hoy)

2.3.1. Etapa Preliminar: Estudios críticos globales del Derecho y de la enseñanza jurídica (1977-1983)

El propósito de los *Critical Legal Studies* durante esta etapa preliminar de gestación como movimiento fue precisamente el de exponer, desvelar y desmitificar la realidad del Derecho, el significado de la norma legal y del contenido del ordenamiento jurídico. Durante esta etapa preliminar el movimiento adopta una estrategia crítica de “demolición”:

“(...) de lo que se trataba era de perforar el cuerpo de los objetos predilectos de la tradición jurídica, como la teoría de la neutralidad judicial, para llegar hasta su esqueleto, hasta su

estructura. Esta estructura se revelaba, bajo el lente crítico, radicalmente contradictoria, a diferencia de lo sugerido por el ideal de coherencia de la doctrina y la práctica jurídicas". (Rodríguez Garavito, Libertad y restricción en la decisión judicial (Estudio Preliminar) 2005, 47)

Según el profesor Minda, la principal intención de los *Critical Legal Studies* en esta fase preliminar era precisamente revelar que la doctrina jurídica se fundamentaba en una serie de construcciones ideológicas orientadas a respaldar y consolidar la organización social existente, al tiempo que permitiera convencer a los ciudadanos corrientes que los sistemas jurídicos y sociales eran inevitables y esencialmente justos (Minda, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence At Century's End* 1995). Basados en esta proposición de Minda, algunos de los miembros pioneros de los *Critical Legal Studies* sostenían que no era posible establecer una forma *axiológicamente neutra* de hablar acerca del Derecho, ya que la propia lógica interna del mismo era dependiente de principios que en su naturaleza eran eminentemente contradictorios. En esta primera fase de gestación del movimiento crítico, numerosos intelectuales afines al mismo dirigieron todos sus esfuerzos a identificar las contradicciones inmanentes al propio discurso jurídico y a desvelar el contenido clasista inmerso en la ley. A juicio de estos autores, el Derecho era representado y estudiado como un sistema referencial creado tanto para generar como para ayudar a que se reproduzcan las condiciones propicias para la dominación de clases y la explotación de los superiores a los inferiores; en efecto, según dichos autores, las leyes en sí eran

producto de la clase dominante que monopolizaba el ejercicio del poder legislativo y eran interpretadas por una élite de profesionales para subyugar de forma selectiva y casi exclusiva a miembros de la clase trabajadora.

Asimismo, esta etapa preliminar de formación en el movimiento de los *Critical Legal Studies* tuvo su mayor injerencia en el modo de concebir la enseñanza universitaria del Derecho. Al ser la educación jurídica una de las áreas de trabajo más relevantes de esta escuela de pensamiento crítico –tal y como hemos avanzado en el anterior epígrafe de nuestra investigación-, sus pioneros insistieron desde un primer momento en la necesidad de evitar reproducir en las aulas universitarias las relaciones sociales de poder y dominación entre clases²⁸. En consecuencia, a juicio de los pioneros de los *CLS*, el aula universitaria tenía que convertirse en un escenario de análisis, de reflexión crítica y de lucha política. Los claustros académicos debían desvelar la indeterminación de la propia doctrina jurídica y ofrecer así a los estudiantes de Derecho la posibilidad de ser instruidos para convertirse en auténticos “críticos sociales” y no en meras piezas del engranaje de un sistema legal que beneficia a aquellos en posición de privilegio social o poder económico frente a las clases más desfavorecidas.

²⁸ En este sentido, es de destacar la opinión versada al respecto por Duncan Kennedy, para quien lo que se enseñaba a los estudiantes en las más prestigiosas facultades de Derecho de los Estados Unidos –entre ellas la de la prestigiosa Universidad de Harvard- no eran más que “incoherencias” que tan sólo servían para lavar el cerebro a los futuros abogados corporativos y que de este modo desempeñaran en un futuro perniciosos roles en la sociedad, situación que sólo terminaría acentuando la diferencia entre clases sociales.

Por último, es importante precisar que, en sus orígenes, los *Critical Legal Studies* fueron parte de un movimiento intelectual más amplio, el movimiento “Derecho y Sociedad”, que profesaba el análisis sociológico de la ley. En el epígrafe correspondiente de la presente investigación entraremos a valorar la impronta que el movimiento “Derecho y Sociedad” tuvo en la conformación de los *Critical Legal Studies*. No obstante, debo reseñar de forma anticipada que, ante los ojos de la comunidad intelectual de la época en Estados Unidos, la influencia ejercida en los primeros años por los llamados *crits* fue de carácter marginal o periférico; para la academia universitaria norteamericana ortodoxa, se trató en ese entonces de un grupo de jóvenes advenedizos, utópicos y radicales con escaso futuro.

2.3.2. Etapa de regeneración: Racionalistas vs. Irracionalistas entono al *Rights’ Debate* (1983-1984)

La segunda etapa de desarrollo de los *Critical Legal Studies* se caracterizó por protagonizar el primer debate radical entre los miembros fundadores que derivaría en una fisura en la estructura y composición interna del movimiento y en la articulación de dos secciones críticas confrontadas en relación al tratamiento crítico de los derechos civiles y los derechos de la persona: *los racionalistas vs. los irracionalistas*.

Los llamados *racionalistas* –representados principalmente por Roberto Unger, entre otros- consideraban la crítica como un requisito indispensable previo a la construcción de concepciones alternativas del discurso jurídico. Por su parte, los llamados

irracionalistas –representados por autores como Duncan Kennedy o Peter Gabel- desconfiaban de las aspiraciones constructivistas defendidas por la sección “racionalista” del movimiento y abogaban por un discurso de “demolición” dirigido principalmente al ámbito académico y de las enseñanzas universitarias del Derecho. Dicho en otros términos, mientras que los primeros se mostraban optimistas ante la posibilidad de edificar grandes proyectos sobre el terreno allanado por la crítica –rechazando por este motivo el nihilismo de los irracionalistas-, los segundos descartaban absolutamente esa posibilidad e incluían a los racionalistas entre los autores modernos, los cuales eran blanco constante de su demolición incesante (Minda, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence At Century's End* 1995).

Bajo esta dicotomía, y centrándonos ya en el debate en torno a la teoría de los derechos civiles y derechos humanos, los *críticos irracionalistas* consideran que los derechos responden a exigencias éticas universales difícilmente asumibles en la praxis ya que de la observación de la realidad social podemos extraer las constantes tensiones entre los derechos atribuibles a grupos sociales enfrentados (v. gr. trabajadores vs. empleadores). Desde la perspectiva de los *críticos irracionalistas*, los derechos son una artimaña moderna más que permite ocultar, bajo la retórica a que obedece el discurso de los racionalistas, dos posibilidades circunstanciales de carácter histórico: el totalitarismo y la necesidad.

Sobre este encendido debate entre críticos racionalistas e irracionalistas, Duncan Kennedy propondría una solución aglutinadora, en los siguientes términos:

“(...) puede ser posible combinar la teoría de que el mal del siglo veinte fue causado por la negación de la razón (nihilismo) con la teoría de que fue causado por un compromiso excesivo con la razón (totalitarismo). Tal vez en un nivel superior los racionalistas son nihilistas, y viceversa. O tal vez uno debería ser un racionalista respecto de los derechos humanos fundamentales y un nihilista respecto de teorías racistas y marxistas”. (D. Kennedy, La Crítica de los Derechos en los Critical Legal Studies 2002, 89)

Los autores que luchan por la reivindicación de los derechos fundamentales de grupos oprimidos o minoritarios al interior de los *Critical Legal Studies* hicieron que el discurso en torno a los derechos de la persona y de su utilidad político-jurídica se convirtiera en el eje de discusión del movimiento durante esta fase intermedia.

El debate iniciado en 1983 en el seno de los *Critical Legal Studies* alrededor de los derechos civiles y derechos fundamentales –popularmente conocido como *Rights’ Debate*– preconizaba que la manera en que es empleado el término “derechos” es alienante e incoherente en los términos de las teorías progresistas y liberales. Durante este debate, tres grupos avalan la validez de este planteamiento crítico. A continuación, analizaremos la composición

de estos tres grupos, determinantes para el futuro de los *Critical Legal Studies*.

Los primeros (i) y los segundos (ii) estuvieron conformados por un grupo de intelectuales de izquierda, con intereses y proyectos progresistas, particularmente interesados en la reivindicación de los derechos civiles y fundamentales a aquellos grupos especialmente marginalizados o desprotegidos, tales como las mujeres (Minow, *Interpreting Rights: An essay for Robert Cover* 1987) o las minorías étnicas (Crenshaw, *Race, Reform and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law* 1988)

(i) El primer grupo estaba conformado básicamente por abogados y abogadas activistas de izquierda cuyo principal interés consistía en abordar asuntos de naturaleza teórica. Aquí podemos encontrar autores como Ed Sparer (Sparer 1984, 509-574), quien elaboró una crítica amigable al movimiento de los *Critical Legal Studies* a través de un dilatado estudio relativo a los derechos fundamentales, y Staughton Lynd²⁹, quien enfocaría más su trabajo

²⁹ véase en materia laboral, "Labor Law for the Rank & Filer: Building Solidarity While Staying Clear of the Law", una guía práctica para los derechos de los trabajadores que buscaba mejorar sus condiciones laborales y revigorizar el movimiento obrero (Lynd y Gross, *Labor Law for the Rank & Filer: Building Solidarity While Staying Clear of the Law* 2011). Asimismo, destaca "Fight Against Shutdowns: Youngstown's Steel Mill Closings", una obra que hace un recuento detallado de las fuerzas que controlaron una comunidad en detrimento de los trabajadores y sus familias de acuerdo a los hechos acaecidos durante la crisis de Youngstown de 1977 a 1982 (Lynd, *The Fight against Shutdowns: Youngstown's Steel Mill Closings* 1992).

hacia una crítica en defensa de los derechos de los trabajadores y hacia los conflictos entre clases sociales.

ii) El segundo grupo alojaba en su interior a una importante selección de intelectuales feministas que buscaban hacer avanzar las reivindicaciones del feminismo liberal en el seno de los *Critical Legal Studies*. En este segundo grupo entrarían en acción algunos de los integrantes más “activos” del movimiento feminista de la década de los ochenta; particularmente interesantes resultarían las intervenciones de autoras como la profesora de la Universidad de Harvard Martha Minow (Minow, *Interpreting Rights: An essay for Robert Cover* 1987)³⁰ y Elisabeth Schneider (Schneider, *The Dialectic of Rights and Politics: Perspectives from the Women’s Movement* 1986), aportaciones esenciales acerca de temas relacionados con los derechos, la política y el movimiento feminista³¹.

³⁰ Particularmente significativa es su contribución en la obra "Frug's Women and the Law" que incluye casos integrados con lecturas teóricas por feministas, sociólogos, historiadores y estudiosos del derecho (Minow, *Frug's Women and the Law* 2007). Asimismo, destaca también "Making All the Difference: Inclusion, Exclusion and the American Law", una obra en la cual la autora otorga una dura mirada a la forma en que funciona el sistema legal a la hora de tratar a las personas en base a parámetros tales como su raza, género, edad, origen étnico, religión y discapacidad (Minow, *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion and the American Law* 2000).

³¹ Véase "Women, the State, and Welfare", una colección de ensayos sobre las mujeres y su bienestar donde Schneider elabora un ensayo acerca de las perspectivas del movimiento femenino, empezando precisamente por el debate sobre los derechos de la persona, afirmando que las críticas de los *Critical Legal Studies* han ayudado significativamente a acentuar la reivindicación de los derechos y su conciencia como diferentes y frecuentemente opuestos a la política y como un obstáculo para el crecimiento político y el desarrollo de grupos de

(iii) El tercer y último grupo estaría compuesto por una selección de autores –representantes en su mayoría de las más diversas minorías raciales de los Estados Unidos de América– partidarios de otorgar una mayor relevancia al discurso interno en los *Critical Legal Studies* sobre los derechos civiles y derechos fundamentales desde la óptica de los grupos sociales tradicionalmente marginalizados o discriminados. En este tercer grupo destacan autoras como Kimberlé Williams Crenshaw³², con sus importantes monografías sobre la raza y leyes antidiscriminatorias, o de destacados pioneros de la *Teoría Crítica de la Raza* como Richard Delgado³³.

Esta segunda fase o etapa intermedia en el desarrollo cronológico del movimiento de los *Critical Legal Studies* se caracterizó, en resumidas cuentas, por un profundo debate interno regenerador de algunos de los principales postulados de dicho movimiento.

movimientos sociales(Schneider, *Women, the State, and Welfare* 1989). En cuanto al Derecho, véase "Perspectives on Women's Subordination and the Role of Law", una perspectiva de la subordinación femenina en el derecho(Schneider, *Perspectives on Women's Subordination and the Role of Law, in The Politics of Law: A Progressive Critique* 1998).

³² Véase su obra más destacada sobre el tema (Crenshaw, *Race, Reform and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law* 1988)

³³ Véase su obra sobre la Teoría Crítica de la Raza en coautoría con Jean Stefancic(Delgado y Stefancic, *Critical Race Theory - An Introduction* 2001), o el libro de casos que también comparten en autoría ambos doctrinantes(Delgado, Perea y Stefancic, *Latinos and the Law: Cases and Materials* (American Casebook Series) 2008) o el polémico "Must We Defend Nazis?"(Delgado y Stefancic, *Must We Defend Nazis? Hate Speech, Pornography, and the New First Amendment* 1997).

2.3.3. Etapa de *deconstrucción* del discurso de los derechos (1985-1991)

La tercera fase de desarrollo del movimiento de los *Critical Legal Studies* nace a mediados de los años ochenta como correlato en el ámbito jurídico de una ofensiva intelectual de mayor incidencia o calado en la era post-realista³⁴ y que propugnaría la “deconstrucción” de los discursos originarios del movimiento crítico que esconden la disputa ética existente en el debate jurídico sobre los derechos fundamentales desde una perspectiva de enfoque estructuralista. Esta fase se caracterizó por un rechazo al análisis doctrinal practicado por los *críticos irracionalistas*, hondamente influenciados por el estructuralismo, y que se puede apreciar en los trabajos primigenios correspondientes a la primera fase del movimiento de los *Critical Legal Studies*. En esta tercera etapa destacan trabajos claves como el de Clare Dalton publicado a mediados de década (C. Dalton 1985) y relacionado con la deconstrucción de la doctrina contractual, o el de Gerald Frug (Frug 1984), más enfocado a la ideología de la burocracia del Derecho estadounidense.

A modo ilustrativo, consideramos oportuno traer a colación la apreciación llevada a cabo por el profesor Rodríguez en relación al pensamiento “deconstructivo” que caracterizaría a esta tercera etapa de los *Critical Legal Studies*:

³⁴ Esta tercera fase de “deconstrucción” se ha concebido ocasionalmente en el ámbito de la literatura y doctrina jurídica bajo varios términos: deconstruccionista, textualista, postestructural, postmarxista, postmoderna o simplemente pluralista.

“Para los posmodernos, todas las jerarquías conceptuales que privilegian un polo del discurso sobre otro son características de la racionalidad moderna, cuya médula consiste justamente en construir categorías conceptuales opuestas (v.gr. sujeto-objeto) para luego favorecer una de ellas sobre la otra (v.gr. sujeto/objeto). El resultado de esta práctica es la tiranía del orden conceptual existente que, gracias a que reclama estar fundado en la razón parece natural, necesario. En contra de esta construcción moderna apunta la reconstrucción posmoderna, que sostiene la posibilidad de subvertir todas las jerarquías conceptuales a través de una crítica que muestre sus inconsistencias internas”. (Rodríguez Garavito, Libertad y restricción en la decisión judicial (Estudio Preliminar) 2005, 51).

Los críticos postmodernos de esta tercera fase de desarrollo del movimiento, afirman que en el Derecho existen contradicciones profundas, lo cual no es más que un reflejo de la crítica racional moderna, ya que, a su juicio, a través de un principio se explica y justifica toda la doctrina jurídica en una rama del Derecho determinada. Así pues, dichos partidarios al *postmodernismo crítico* consideraban que las jerarquías y los rangos conceptuales que favorecen un polo del discurso jurídico, son elementos esenciales de los racionalistas modernos. De tal suerte que, el núcleo de esta racionalidad, se basa en esbozar categorías opuestas para luego privilegiar una sobre la otra. El producto de esta concepción es la dominación –o lo que es lo mismo, el absolutismo del orden conceptual imperante- ya que al afirmar que se encuentra enraizado en la razón, hace que parezca algo justificado, razonable y necesario.

La *deconstrucción moderna* propugna pues subvertir las construcciones modernas a través del ejercicio de una crítica que desvele todas sus inconsistencias, ambigüedades y conflictos internos.

La mayoría de autores congregados en esta tercera etapa de *deconstrucción* dentro de los *Critical Legal Studies* comparten una preocupación común sobre las posibilidades reales de los estudios críticos para la reproducción de la doctrina jurídica y, más concretamente, de la *textualidad del Derecho*; dicha preocupación es tanto de naturaleza política como ética. El Derecho es elaborado, producido y reproducido a través de la redacción de sentencias, notificación de casos, sistematización de la doctrina y publicación de textos de casos y tratados. La política de la ley es tanto literal como figurativamente una política de textos, una ética de la escritura, una crítica de los discursos. Es como un texto que la ley conserva y transmite, es como escribir que la ley es enseñada, difundida, revisada y reproducida.

En su obra "Politics, Postmodernity and Critical Legal Studies" (Douzinas y Goodrich 1994), Costas Douzinas ahonda más sobre esta preocupación común a la mayoría de los *crits* en esta tercera fase de desarrollo del movimiento. Douzinas advierte pues que el movimiento de los *Estudios Críticos del Derecho* se enfrenta ante dos tareas primordiales: (i) La primera de ellas consiste en el respeto debido al momento de la transmisión de los textos legislativos o normativos, imponiendo para ello la obligación de re-escribirlos una vez más. (ii) La segunda fase sería la de reconocer que en las leyes

que han sido redactadas nuevamente, los *Critical Legal Studies* no sólo incursionan en un ejercicio crítico de la política institucional, sino que se consolidan como academia, como escuela tanto de doctrina y norma, como de enseñanza y de Derecho.

2.3.4. La actualidad de los *Critical Legal Studies* (1992-hoy)

La fase actual de los *CLS* cuenta con varias características particulares que serán evaluadas en detalle a lo largo del subsiguiente epígrafe de la presente investigación.

No obstante, a modo introductorio, parece oportuno esbozar un breve catálogo de algunos de los rasgos que han definido de la actualidad del movimiento más contemporáneo de los *Critical Legal Studies*.

La primera de dichas características viene conformada por la proliferación de autores en los últimos años que centran su atención en las investigaciones del post-estructuralismo y en el movimiento del post-modernismo, además de la teoría literaria norteamericana feminista y antirracista.

La segunda característica que podemos apreciar en esta fase contemporánea del movimiento de los *Critical Legal Studies* consiste en la “renovación temática” del movimiento al haber encontrado su confluencia con la llamada “Teoría crítica de la raza”, el feminismo radical, el post-colonialismo y las teorías críticas de orientación sexual, entre algunas de las más importantes.

La tercera característica actualizada de esta corriente crítica consiste en la disgregación interna que se ha operado dentro del mismo y, más particularmente, en la separación que se ha producido con buena parte de las antiguas redes de miembros abiertamente contrarias al post-modernismo. En efecto, los actuales defensores de este movimiento crítico del Derecho han ido prescindiendo prácticamente por completo de aquellas tácticas de enfrentamiento dialéctico que emplearan y caracterizaran sus dos primeras fases de desarrollo. Para ello, dichos autores han ido apartándose paulatinamente de la dinámica argumentativa un tanto conflictiva propia de las primeras décadas de desarrollo esta corriente filosófica –consistente fundamentalmente en la articulación de debates internos de colisión entre sus miembros- y han optado abiertamente por expresar sus ideas en foros más restringidos y académicos, a través de la publicación de artículos académicos y ensayos. La creación de este escenario común favorecería la convivencia de posiciones radicalmente críticas de los *Critical Legal Studies* –sobre todo a través de algunos de sus mentores más destacados, como Foucault y Derrida- con las pretensiones de tipo programático de los miembros más “activistas”, lo que ha reactivado recientemente el debate que caracterizara en la década de los ochenta a esa pugna entre *críticos racionalistas* y *críticos irracionalistas*.

Por último, es de reseñar una concienciación social avanzada del estado actual de los *Critical Legal Studies* a las nuevas modalidades de discriminación contemporánea –como lo puso de

manifiesto el congreso celebrado en Boston en 1992 auspiciado por las redes de críticos –o "*crit networks*"–, lo que se ha traducido en la aparición de nuevas redes lideradas por colectivos de homosexuales, transexuales y lesbianas.

2.4. Fuentes que nutren el ambicioso proyecto crítico del Derecho

Al igual que otras corrientes anti-formalistas del derecho, los *Estudios Críticos del Derecho* se han nutrido de varias fuentes que les han permitido estructurar y cimentar algunas de sus tesis e ideas más importantes. Desde su antecesor inmediato, el Realismo Jurídico Norteamericano, pasando por las ideas de célebres filósofos franceses como Jacques Derrida y Michel Foucault, hasta llegar a los pensadores de la Escuela de Frankfurt y los principios de la Epistemología Relativista, veremos cómo cada una de estas fuentes ha incidido de forma determinante en el pensamiento de sus miembros y en las ideas y principios que fundamentan el movimiento de los *Critical Legal Studies*.

2.4.1. La incidencia del Realismo Jurídico Norteamericano: *El antepasado intelectual de los Critical Legal Studies*

Como ya señaláramos en la introducción de la presente investigación, los *Critical Legal Studies* retomaron el ambicioso proyecto del extinto Realismo Jurídico, una de las doctrinas filosóficas de mayor trascendencia en el siglo XX (Engle 2010, 272). Como continuador de dicho legado, esta corriente del pensamiento es a menudo considerada como una “segunda oleada” del mismo, o simplemente como la continuación postmoderna de esta doctrina.

Los *Critical Legal Studies* encuentran sus orígenes intelectuales en el movimiento estadounidense del Realismo Jurídico de los años treinta. Antes de esta década, el pensamiento jurídico norteamericano había estado dominado casi por completo por una concepción formalista de la ley por parte de los tribunales, según la cual los jueces debían decidir los casos limitándose a la aplicación silogística del supuesto de hecho de las disposiciones legalmente establecidas.

Al igual que medio siglo después ocurriera para los *Critical Legal Studies*, el movimiento del Realismo jurídico norteamericano enfatizó la necesidad de prestar la atención debida al contexto social en que la ley es producida y subrayó la imposibilidad de preconizar la neutralidad axiológica de las decisiones judiciales –a su entender, las sentencias judiciales dependían en gran medida de las posibles predilecciones, favoritismos o motivaciones de los jueces-. Mientras los realistas ponen el énfasis en las leyes en constante pugna o conflicto, los *CLS* se enfocan, además, en ideales y principios irreconciliables. No obstante, por lo que respecta al papel del juez, ambos movimientos coinciden en considerar que éste debe tomar una decisión que no se encuentre impuesta por el Derecho. Aquí existe pues un punto de encuentro entre las teorías de los filósofos realistas y las de los críticos de principios de los años 70 y 80: los jueces deben disponer del arbitrio suficiente para poder decidir los casos de acuerdo a su visión personal, lo que pudiera incluir en algunos casos sus propias convicciones políticas. Sin embargo, es importante señalar que pese a que ambos movimientos o escuelas

emplean una misma terminología, esta última tesis sobre el arbitrio judicial ha pertenecido más propiamente a los *Critical Legal Studies*, cuyos integrantes la enriquecerían sustancialmente mediante su combinación con conceptos claves procedentes de las principales teorías de pensadores sociales europeos –tales como Marx, Engels y Weber- o de la Escuela del Neo-marxismo de Frankfurt y filósofos post-estructuralistas en los ámbitos de la Historia y de la Teoría literaria –como es el caso de Michel Foucault y Jacques Derrida-.

En otro orden de ideas, algunos integrantes del movimiento de los *Critical Legal Studies* mostraron especial interés por las preocupaciones tradicionales de la llamada “Jurisprudencia analítica”. Estos autores –tales como Morris Cohen, Robert Hale, Walter Wheeler Cook y Wesley Hohfeld-, siguieron el sendero iniciado por algunas de las voces más acreditadas del Realismo jurídico norteamericano para quienes la interdependencia social y económica de los juristas frustró la aspiración liberal clásica de asegurar una máxima esfera de libertad igualitaria a través de la definición de los principales derechos civiles y derechos fundamentales. En efecto, los partidarios del movimiento central de esta obra conciben los derechos subjetivos de corte liberal de la misma forma que sus predecesores, los llamados “real-legalistas”; en este sentido, Singer se pronuncia a la hora de evaluar la correlación entre la titularidad de derechos subjetivos y la posible vulnerabilidad que se pudiera derivar de obligaciones jurídicas derivadas en terceros en caso de conflicto entre los diferentes actores sociales:

“(...) cada título legal en un individuo implica una vulnerabilidad correlativa en alguien más, y cada título es limitado por los derechos en competencia de los otros (...). Los derechos de propiedad son interpretados como delegaciones del poder soberano a los individuos por el Estado; estos derechos deberían entonces ser definidos para acomodar los intereses en conflicto de los actores sociales”. (P. Singer 1993, 20)

Asimismo, es pertinente introducir en este punto de análisis, en forma de un abrebocas al siguiente apartado, quizás la más importante herencia teórica recibida por el movimiento de los *Critical Legal Studies* por parte de su precursor, el Realismo norteamericano, se trata de la tesis de la “indeterminación del Derecho” o *indeterminacy thesis*.

Si bien los *CLS* se erigen como herederos del Realismo jurídico, no forma parte de la presente investigación entrar a profundizar demasiado en aquellas consideraciones acerca de cómo los principios y teorías de la doctrina filosófica realista influenciaron el pensamiento crítico del Derecho. Por este motivo, centraré mis observaciones en este apartado –así como en sucesivos epígrafes de esta investigación– tan sólo a las tres cuestiones esenciales de influencia de las tesis del Realismo jurídico en el movimiento de los *Critical Legal Studies*; más concretamente, (i) al problema teórico de la “indeterminación del Derecho”, (ii) a la fundación “historiográfica” de los *Critical Legal Studies* y (iii) a la “crítica doctrinal”.

2.4.1.1. La tesis de la indeterminación del Derecho

La llamada *indeterminación del Derecho* ha sido tradicionalmente una de las grandes tesis abordadas por la escuela de los *Estudios Críticos del Derecho*. Como ya hemos precisado con anterioridad, a pesar de tener su punto de partida en el Realismo jurídico norteamericano, la tesis crítica al silogismo jurídico basada en el carácter indeterminado de las normas jurídicas fue continuada por el movimiento de los *CLS*, pero a diferencia de sus antecesores realistas, la elevarían a un nivel teórico superior al relacionarla con la cuestión crítica básica que inspiraría al movimiento: *la naturaleza política del Derecho*.

En efecto, para los partidarios de los *Critical Legal Studies*, el Derecho *no siempre es o deber ser* “predecible”. Robert Gordon realiza una interesante crítica en torno a este carácter “predecible del Derecho”:

«(...) las decisiones jurídicas –señala Gordon– son predecibles la mayor parte del tiempo, y que los abogados se ganan la vida prediciéndolas. Los teóricos críticos concuerdan con esto –dice Gordon–, pero afirman que las decisiones jurídicas son predecibles no porque tales decisiones sean exigidas inexorablemente por las doctrinas o principios jurídicos existentes, sino porque los abogados y otros intérpretes tienden a desarrollar convenciones compartidas acerca de cómo deben aplicar la ley; y tales convenciones permanecen estables durante algún tiempo, hasta que ocurre algo que las desestabiliza». (R. W. Gordon, *Critical Legal Studies as a Teaching Method* 1989, 207).

Esta teoría de la “impredecibilidad del Derecho” –defendida por los *Critical Legal Studies*- se encuentra estrechamente ligada a la naturaleza política del propio Derecho y sostiene que los fallos, sentencias o decisiones de los principales operadores jurídicos –en su mayor parte aplicadores del derecho, como es el caso de los jueces-, no son cien por ciento informadas con carácter exclusivo por el Derecho Positivo; en efecto, los autores realistas parten de la base no sólo de que para un mismo supuesto de hecho coexisten diversas normas aplicables que pueden llegar a disponer de interpretaciones heterogéneas, sino que también entran a considerar el conflicto interno del propio Derecho ante la indeterminación de buena parte de las disposiciones normativas, soportes materiales de exteriorización del contenido de las leyes.

Los *Critical Legal Studies* se adscriben principalmente a la tesis realista que sostiene que todos los casos llevan implícito un conjunto de normas o reglas aplicables y, al mismo tiempo, en cada uno de esos conjuntos de normas aplicables se dan disposiciones que se encuentran en conflicto constante, pudiendo conducirnos a efectos opuestos. Esto es lo que los propios críticos denominan “escepticismo ante las reglas”, precisamente por la inconsistencia de contenidos opuestos entre reglas distintas.

Considero pues que no está de más insistir en la idea de que la *indeterminacy thesis* predica que en el Derecho co-existen disfuncionalidades que afectan, por un lado, a la coherencia interna de los sistemas normativos –tales como vacíos, lagunas, contradicciones e incoherencias entre diversas normas jurídicas

pertenecientes a un mismo ordenamiento- y, por otro, choques o contradicciones entre normas susceptibles de ajustarse a un mismo caso, a pesar de que estén orientadas a soluciones diferentes, que afectan sustancialmente la coherencia interna de un mismo ordenamiento jurídico. Ante la constatación de tales indeterminaciones y disfuncionalidades internas apreciables en los sistemas jurídicos, los partidarios de los *Critical Legal Studies* convienen en concluir que las decisiones emanadas de los jueces no pueden necesariamente circunscribirse con carácter exclusivo al contenido estrictamente normativo del Derecho, sino que deben aceptar la vinculación tan estrecha que existe entre éste y los demás sistemas de ordenación de las conductas en colectivos humanos: tales como la moral, la ética, la ideología y, sobre todo, la política.

Para la corriente de los *CLS*, el Derecho es tan indeterminado que la ley no ofrece ineluctablemente una única respuesta correcta en los casos a los que se aplica y afirman, en consecuencia, que los principios y doctrinas del Derecho son indeterminados en dos formas. En primer lugar, las normas legales imperantes contienen ambigüedades, contradicciones y lagunas. Los *crits* argumentan que estos vacíos existentes no son de ninguna forma anomalías o excepciones legales, sino que están siempre presentes, incluso en los casos más sencillos. En segundo lugar, la indeterminación del Derecho también se manifiesta como consecuencia de conflictos entre normas subyacentes contradictorias, pertenecientes a un mismo sistema jurídico; este sería el caso de mediar contradicción en un mismo sistema jurídico entre normas portadoras de

estabilidad y previsibilidad y, al mismo tiempo, normas portadoras de *equidad y utilidad*. La primera dupla (estabilidad y previsibilidad) apunta a la aplicación consistente de decisiones anteriores, mientras la segunda (equidad y utilidad) generalmente va en contravía de la aplicación de precedentes o de excepciones legales. En la mayoría de casos es viable encontrar voces acreditadas en doctrina legal que otorgan autoridad suficiente al valor normativo promovido por cada parte en un juicio o proceso determinado. En el conjunto limitado de casos en los que no existe una doctrina obviamente relevante, podemos siempre argumentar a favor de un cambio en la ley, encontrando para ello muchos argumentos convencionales disponibles que sustenten ese cambio –véase, por ejemplo, el argumento favorable a actualizar la jurisprudencia aplicable al caso concreto para habilitar una jurisprudencia mucho más actual, más reciente, que sea más acorde al debate jurídico-.

La habilidad posible que tienen los jueces y los tribunales a la hora de elegir entre argumentos predecibles y argumentos claves a la hora de motivar sus sentencias, es uno de los rasgos más comúnmente utilizados por los *Critical Legal Studies* para fundamentar sus tesis favorables a la *indeterminación del Derecho*. En este sentido, los *crits* han identificado un conjunto de argumentos y contrargumentos que son utilizados de forma repetitiva en determinados pronunciamientos judiciales, donde el juez usa una y otra vez un conjunto de argumentos limitados acerca de los derechos y la equidad, utilidad social y eficiencia a la hora de aplicar una norma o estándar específico al caso concreto.

Así pues, la tesis de la *indeterminación del Derecho* proclamada por los *Critical Legal Studies*, advierte que el Derecho es inconsistente tanto (i) *interna como (ii) externamente*. Asimismo, mediante esta tesis, los “críticos” argumentan que el Derecho no puede o debe ser independiente de la propia organización social de la que emana y que, por consiguiente, su significado histórico es meramente “subjetivo”. En relación a esta cuestión fundamental de la tesis crítica acerca de la “indeterminación del Derecho”, considero pertinente evocar la apreciación emitida por Kairys:

*“(...) la indeterminación se deriva de la realidad de que la ley usualmente acoge y legitima muchos o todos los intereses en conflicto involucrados en los problemas controversiales y una amplia y confusa gama de argumentos y estrategias de argumentación 'lógicas' o 'razonadas', sin proveer ninguna jerarquía de valores o argumentos legalmente requerida o algún método necesario para determinar cuál es la más importante en un contexto particular. Los jueces entonces toman las decisiones, las cuales son fundamentalmente más políticas o basadas en valores”. (Kairys, *The Politics Of Law: A Progressive Critique* 1998, 121).*

El problema al que hace referencia este autor es que el Derecho no incorpora una jerarquía de valores o principios generales inspiradores del ordenamiento que le permitan al operador jurídico elegir el más importante o el más adecuado a la hora de aplicar la ley a un caso particular. Ante dicha indeterminación, sobre todo en el caso de los jueces, los agentes

jurídicos deben fundamentar sus decisiones en razones eminentemente subjetivas, alternativas a estrictos criterios de justificación basados en la validez formal del ordenamiento jurídico en cuestión. En este sentido se pronuncia también Surya Prakash Sinha, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pace, cuando señala que la tesis de la indeterminación que profesan los *Critical Legal Studies* “(...) sustenta que, si no hay un significado claro del texto, verbigracia, la Constitución, entonces la norma de derecho no es más que una norma de aquellos en el poder”. (Prakash Sinha 1993, 319).

Si nos circunscribimos a la argumentación del profesor Sinha, el Derecho sería una herramienta empleada por la clase dominante para imponer sus ideas y decisiones a las clases sociales más desfavorecidas, toda vez que, las lagunas, contradicciones o vacíos existentes en un sistema jurídico, servirían para favorecer precisamente los intereses de los miembros de las clases superiores sobre los miembros más desfavorecidos de las clases inferiores o subalternas. Sin embargo, en este caso, el operador jurídico –véase el caso de un juez- en lugar de actuar impulsado por el ideal de impartir justicia, estaría en realidad alineado con propósitos ulteriores, o con la posible ambigüedad del contenido de la norma jurídica que tendría que desvelar, descubrir o reconstruir en su sentencia, con el fin así de favorecer los intereses de aquellos que se encuentran en el poder. Por lo tanto, en el sentido apuntado por el profesor Sinha, existe una posición pro-activa por parte de los jueces a la hora de usar la ley como instrumento de dominación y

mejora de las clases dominantes frente a las clases más desfavorecidas.

Por tanto, a juicio de los *Critical Legal Studies*, el Derecho es (i) *inconsistente en su interior*, ya que la doctrina legal estaría llena de contradicciones entre valores sociales básicos que son difíciles de conciliar, pero también (ii) *externamente inconsistente*, en el sentido de que no produce resultados predecibles ni correctos objetivamente; por ende, según estos parámetros, el Derecho es ideológico y faccioso en lugar de ser objetivo e imparcial. Como asevera el propio Hutchinson, el Derecho es “(...) *un sistema de técnicas manipulativas diseñado para esconder el hecho de que un juez está meramente escogiendo entre valores*”. (A. C. Hutchinson, *The Rule of Law: Ideal or Ideology* 1987, 206).

No se trata meramente de afirmar que el Derecho es interna y externamente indeterminado, sino también de constatar el hecho de que conexiones instrumentales o funcionales no pueden extraerse de la forma en que la sociedad se encuentra organizada. Hutchinson también se ha manifestado sucintamente sobre el particular al aseverar que “(...) *los Critical Legal Studies no tienen nada que ver con la creencia de que hay una causal directa y un nexo sustancial entre las condiciones materiales y la supra estructura legal*”. (A. C. Hutchinson, *Critical Legal Studies* 1989). Asimismo, y a renglón seguido advierte que “(..) *las afirmaciones de indeterminación de los Critical Legal Studies van al corazón de la teoría política liberal ilustrando que dualidades liberales básicas no pueden ser hechas lógicamente bien: tales como sujeto/objeto, masculino/femenino,*

público/privado, propio/otro y comunidad/individuo". (Hunt y Fitzpatrick, Introduction to Critical Legal Studies 1987).

A diferencia de otros miembros del movimiento de los *Critical Legal Studies*, Allan Hutchinson habla en términos ideológicos; a su juicio, el Derecho tiene un carácter ideológico que refleja y apoya muchos aspectos de la cultura dominante en un colectivo humano. Integral a esta noción del carácter ideológico general del Derecho, se encuentra el énfasis acordado por los *crits* a la cuestión de la "indeterminación legal". Cuando hacemos alusión al término "indeterminación legal", nos referimos, como vimos anteriormente, a la afirmación de algunos de los más significativos partidarios de los *Estudios Críticos del Derecho* de que no existe una conexión funcional entre la organización socioeconómica de la sociedad y la forma y substancia en que están producidas las normas jurídicas³⁵.

Para demostrar la tesis de la *indeterminación del Derecho*, los *Critical Legal Studies* desarrollaron metodologías propias directamente vinculadas a discursos afines al post-estructuralismo, al reduccionismo foucaultiano o la deconstrucción de la norma legal. Sobre el análisis específico de estas cuestiones volveremos en los

³⁵ En este sentido, Robert W. Gordon proclama que, en contraste con teorías de "lógica profunda" como el marxismo ortodoxo y el liberalismo, que afirman que las normas jurídicas de una determinada sociedad pueden ser deducidas de las relaciones sociales y económicas imperantes en dicha sociedad, los autores de los *Critical Legal Studies* manifiestan que el Derecho es relativamente autónomo de la organización socio-económica de la sociedad (R. W. Gordon, *Critical Legal Histories* 1984)

subsiguientes epígrafes [en concreto, 2.4.2.1 y 2.4.2.2 respectivamente].

2.4.1.2. La fundación historiográfica de los Critical Legal Studies: Una aspiración al cambio

Otro legado realista vigorosamente recogido como testigo por los *Critical Legal Studies* ha sido el “análisis histórico” o *historiografía*. Su importancia metodológica en la conformación del movimiento del Realismo jurídico norteamericano quedaría plasmada en la obra de uno de sus principales representantes, Oliver Holmes (1841-1935) –magistrado de la Corte Suprema de Justicia de los EE. UU y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard-, para quien el Derecho es la evidencia de la Historia de un país; a su juicio, solamente mediante el estudio de los hechos históricos es viable descubrir la esencia teórica del Derecho. El trabajo historiográfico llevado a cabo por algunos de los precursores más significativos de la doctrina filosófica realista³⁶, ponen de manifiesto la importancia del enfoque histórico en la conformación de cualquier movimiento de pensamiento en Teoría del Derecho.

³⁶ Este sería el caso de Karl Llewellyn, para quien el “(...) estudio histórico revela que la personalidad judicial, las fuerzas económicas y el accidente puro conforman el desarrollo de un derecho comercial comúnmente promovido por su regularidad y su previsibilidad”. En este mismo sentido se pronuncia más adelante al considerar que “(...) si la historia da a conocer que los empresarios habían diseñado la estructura del derecho comercial, las medidas públicas reguladoras no eran intrusiones en el sacrosanto derecho consuetudinario, pero sí reformas sociales necesarias” (Llewellyn 1936).

La labor que llevaron a cabo los realistas en lo referido a la injerencia de la Historia en el Derecho fue congruente con la práctica instituida por ellos mismos de emplear la historia con el único propósito de dar una explicación al proceso evolutivo de la doctrina. No obstante, a pesar de dicha impronta historiográfica, los realistas renunciaron a una historiografía de “contexto-social-consciente” de cara a las implicaciones que ello podría acarrear para el desarrollo de un proceso evolutivo coherente. En efecto, como sugiere el reputado historiador del Derecho y prolífico académico de los CLS Robert W. Gordon:

“Iconoclasta y sin descanso hacia el futuro, la historiografía jurídica de los Realistas fue tal vez lo más inquietante en su afirmaciónn implícita de que la doctrina no podría entenderse como el producto final de un proceso evolutivo coherente - que la ley, al igual que otros fenómenos sociales fue el resultado de las interacciones entre un conjunto caótico de fuerzas contingentes”. (R. W. Gordon, Introduction: J. Willard Hurst and the Common Law Tradition in American Legal Historiography 1975).

Mientras que la escuela realista del Derecho se preocupó – incluso podríamos decir que se “estancó”- en el hecho de mostrar solamente que su doctrina, como corriente filosófica, se encontraba basada o influenciada por las condiciones históricas del momento o, lo que es lo mismo, por la imperante “realidad”. Los *Critical Legal Studies* van más allá y prefieren profundizar en lo que esa historiografía pudiera aportarle como escuela filosófica, preocupándose efectivamente por mostrar que no sólo sus teorías o

doctrinas están fundadas en la realidad, sino que “(...) son producidas tanto por las condiciones históricas como por los modos específicos del razonamiento legal histórico”. (Roederer y Moellendorf 2004, 248).

Esta posición asumida por los *CLS*, tan favorable a la historiografía heredada del Realismo Jurídico, no es más que a mi juicio, una intención, una aspiración al cambio, a la transformación de las instituciones del Derecho realizada a través de la elaboración de la ley por medio de ese razonamiento crítico basado en las condiciones históricas imperantes en un determinado grupo social en un momento dado. En efecto, las condiciones o circunstancias a las cuales hacen referencia los *Critical Legal Studies*, han respondido a la propia mutación sufrida por el razonamiento legal vigente en cada período o en cada etapa de su trayectoria como movimiento.

Por consiguiente, la metamorfosis resultante de la asimilación y profundización de la historiografía realista heredada, la transformación del orden vigente, de las instituciones y de las condiciones sociales, representará siempre un fin último en la crítica emanada por la corriente de los *Critical Legal Studies*.

2.4.1.3. La llamada “Crítica doctrinal”: Una aproximación a la Jurisprudencia analítica

La metodología propia de la Jurisprudencia analítica empleada por la Escuela realista norteamericana –que lleva implícita la exploración minuciosa de concepciones legales por medio de

métodos tradicionales de razonamiento jurídico- fue empleada en dos direcciones divergentes.

En primer lugar, el Realismo Jurídico se sirvió de la metodología propia a la Jurisprudencia analítica para atacar el reduccionismo estándar que trata de asimilar todas las relaciones jurídicas a una relación bilateral de simples “derechos” y “deberes” correlativos. Para ello, los realistas demostraban que las discusiones en cuanto a los conflictos de intereses surgidos por el ejercicio de derechos subjetivos o libertades públicas (libertad de expresión, derecho a la propiedad privada, derecho al honor y a la intimidad etc.), suscitan constantes argumentaciones opuestas o contradictorias según se trate del titular de la prerrogativa emanada del derecho subjetivo o libertad pública en cuestión o, por el contrario, del titular de la obligación jurídica derivada del ejercicio de dicho derecho subjetivo o libertad pública en discusión.

En segundo lugar, los realistas se sirven de la metodología propia a la Jurisprudencia analítica para facilitar la reforma del Derecho a través de la disminución del poder otorgado al razonamiento del “precedente”.

En síntesis, la diferencia entre los *Critical Legal Studies* y los realistas radica principalmente en que los primeros utilizan metodologías o técnicas a un más alto nivel de abstracción y en que –con el objeto de develar las ideologías o “sustrato” del ordenamiento legal-, usan técnicas o métodos provenientes de otras ciencias afines como la Sociología, la Antropología, la Psicología o la

Filosofía, entre otras. En cuanto a este punto, resulta pertinente recordar el parecer de autores significativos del movimiento como Roederer y Moellendorf, para quienes:

“(...) es más general o abstracto enfocarse en una crítica doctrinal de los Estudios Críticos del Derecho que se dirija hacia las técnicas de otras disciplinas. Porque los Critical Legal Studies critican las asunciones básicas subyacentes al sistema legal existente – preguntando por qué las teorías legales inadecuadas persisten en vez de simplemente ser señaladas como inadecuadas – se enfocan en el orden jurídico existente y sus asunciones básicas del exterior, buscando “caracterizar”, no participar en la forma en que la ley contribuye a la estabilización de un mundo social”. (Roederer y Moellendorf 2004, 249).

A nuestro parecer, la anterior mención de Roederer y Moellendorf no es más que una explicación elaborada y acertada de la necesidad constante que tienen los *Estudios Críticos del Derecho* de referirse a otras disciplinas del conocimiento con el objetivo de dar explicación a las producciones legales a través de sus métodos o técnicas de interpretación; este último aspecto fue alabado en su momento por el propio Jacques Derrida, y abordaremos su análisis oportunamente en el siguiente epígrafe de la presente investigación.

2.4.2. Estructuralismo vs. Post-estructuralismo

Los *Critical Legal Studies* se han fusionado con varias escuelas teóricas, siendo la escuela post-estructuralista una de las más importantes.

El trabajo desarrollado por los impulsores de este movimiento norteamericano durante las décadas de los setenta y ochenta, se orientaría ante todo al descubrimiento de la “textura abierta” post-estructuralista –según la cual, los textos tienen su significado exclusivamente dentro del marco interpretativo elegido, por lo que no existiría una interpretación objetiva-, y la evaluación pormenorizada de los postulados deconstruccionistas. liderados por el filósofo francés Jacques Derrida, para quien todos los textos reflejan la creencia en la verdad objetiva y, por tanto, *“(…) el rol del crítico es el de “deconstruir” estas metafísicas exponiendo cómo el texto socava sus propias pretensiones de verdad y cómo su significado es de hecho contingente”.* (Prakash Sinha 1993, 341,342).

Autores post-estructuralistas franceses de gran relevancia en la segunda mitad del siglo XX, como es el caso de Roland Barthes, argumentaron que la literatura se encargaba de institucionalizar la subjetividad y se constituía a partir de una problematización del lenguaje. Asimismo, advirtieron acerca de la omnipotencia de la ideología o interpretación, concluyendo que ninguna interpretación es inocente. De esta manera, el pensamiento post-estructuralista fue más allá que el pensamiento estructuralista clásico desarrollado por el antropólogo y etnólogo de origen francés Claude Lévi-Strauss, una de las figuras más destacadas del estructuralismo durante la segunda mitad del siglo XX.

La revelación del post-estructuralismo de que no existían los textos objetivos, llevó a dos interpretaciones diferentes durante los años 70 y 80.

(i) La primera de ellas, presente en la obra de críticos como Stanley Fish³⁷, sostenía que todo el contenido de un texto era el resultado de la interpretación; por lo tanto, una descripción de lo que el texto hace al lector es una descripción de lo que el lector hace al texto. Lo anterior no da como resultado una interpretación veleidosa del texto ya que existen generalidades interpretativas creadas por quienes comparten técnicas de interpretación no para leer, pero sí para interpretar textos.

(ii) La segunda interpretación fue la liderada por los autores *deconstruccionistas*, entre los que destacó particularmente el pensador francés Jacques Derrida. Su interpretación insta a que todos los textos irradian la creencia en la verdad objetiva, por ende, argumenta que el papel del crítico es el de *deconstruir* esta metafísica desvelando cómo el texto socava sus propias pretensiones de verdad y cómo su significado es efectivamente contingente. Como afirmara el profesor Pérez Lledó, la deconstrucción ha sido empleada “(...) *para invertir las jerarquías afirmadas por el Derecho y por la ciencia jurídica, lo mismo que para la interpretación jurídica*”. (Pérez Lledó, *El Movimiento Critical Legal Studies* 1996, 181). Esta afirmación “deconstructivista” fija una posición crítico-activa en torno a cómo se debe realizar la reflexión

³⁷ Véanse algunas de sus obras más relevantes sobre el tema como: “Interpreting the “Variorum” (Fish, *Interpreting the “Variorum”* 1976), “Is There a Text in This Class?” (Fish, *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities* 1982), “Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary & Legal Studies” (Fish, *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary & Legal Studies* 1990), entre otras.

ideológica en torno a las “jerarquías” contenidas en el Derecho y la manera en que el juez debe concebirlas quien, de acuerdo a esta óptica, debe erigirse como un rebelde “crítico-deconstructivo” en la aplicación del Derecho al caso concreto que le atañe.

Asimismo, es de gran relevancia en el presente estadio de nuestra investigación, acotar el importante papel que jugó el fenómeno de la deconstrucción en el movimiento de los *Critical Legal Studies*. En otras palabras, y de acuerdo al concepto expuesto por el profesor Rodríguez:

“(...) desde la deconstrucción también se revisó la perspectiva crítica propia de la primera etapa de Critical Legal Studies, en el sentido de que afirmar la existencia de contradicciones profundas en el Derecho, como lo hace Duncan Kennedy en relación con el derecho privado (2000), constituye «una resonancia del pensamiento racional moderno, en tanto equivale a la formulación de un principio esencial que explica toda la práctica y doctrina jurídica en un ámbito determinado»; la crítica jurídica deconstructiva, en cambio, sostiene la posibilidad de subvertir todas las jerarquías conceptuales a través de una crítica que muestre sus inconsistencias internas”. (Rodríguez Garavito, Libertad y restricción en la decisión judicial (Estudio Preliminar) 2005, 50-51).

De este modo, el “*trasher*” intenta mostrar cómo el discurso ha convertido la contingencia en necesidad, y revelar las interpretaciones alternativas reprimidas que son perfectamente consistentes con las premisas declaradas del discurso. Las técnicas

de “*trashing*” se usan a veces simplemente para atacar los discursos en sus propios términos, para mostrar que sus premisas son contradictorias o incoherentes y sus conclusiones arbitrarias o basadas en dudosas presunciones o en trucos retóricos ocultos”. (R. W. Gordon, *Law and Ideology* 1988)

La deconstrucción se encuentra frecuentemente concebida como un sinónimo de crítica, de deslegitimación o, siguiendo uno de los rasgos distintivos de los *Critical Legal Studies*, de *trashing* o *demolición*. En palabras de Mark Kelman, autor de uno de los estudios monográficos más importantes sobre el movimiento de los *Critical Legal Studies*³⁸, el término *trashing* “(...) *toma argumentos específicos muy seriamente en sus propios términos; descubre que son realmente tontos ([tragi]-cómicos); y entonces busca algún (observador externo) orden (no el germen de la verdad) en el caos incoherente y contradictorio que hemos expuesto*”. (Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies* 1987)

2.4.2.1. La deconstrucción de Jacques Derrida

Siendo la metodología deconstructivista o simplemente la “deconstrucción” del filósofo post-estructuralista francés Jacques Derrida una de las corrientes que más ha influido sobre gran parte de los filósofos y/o pensadores que se identifican con los *Critical Legal Studies*, consideramos imperioso analizar la injerencia que el

³⁸ Véase “*A Guide to Critical Legal Studies*”, texto que cuenta con varias ediciones y que es producto de uno de los estudiantes más aventajados de Unger y Horwitz (Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies* 1987).

método introducido por Derrida tuvo en el movimiento *sub examine*, toda vez que constituye un paso inevitable a la hora de comprender el movimiento crítico del Derecho fraguado a inicios de la segunda mitad de la década de los setenta.

Comenzaremos analizando la visión que el propio filósofo francés tiene del movimiento de los *Critical Legal Studies*. Para Derrida, sorprende la “heterogeneidad” de ideas, conceptos, posiciones existentes al interior de esta corriente filosófica; *heterogeneidad* que en ocasiones se puede llegar a plasmar en trabajos “(...) desiguales, tímidos, aproximativos, esquemáticos por no decir atrasados, mientras que por su especialización y por la agudeza de su competencia técnica están, por el contrario, muy avanzados en relación con tal o cual estado de la deconstrucción en un campo más bien literario o filosófico”. (Derrida 1992).

Ahora bien, en cuanto al problema de la Justicia, Derrida aduce que, si bien la deconstrucción nunca se ha encargado directamente del particular, no renuncia al discurso ético-político-jurídico que como tal genera. El filósofo francés hace alusión a este problema en los siguientes términos:

“Sólo en apariencia la deconstrucción, en sus manifestaciones más conocidas bajo este nombre, no ha «abordado» el problema de la justicia. No es más que una apariencia, pero hay que dar cuenta de las apariencias, hay que «salvar las apariencias», según el sentido que daba Aristóteles a esta necesidad, y es a lo que me querría dedicar aquí: mostrar por qué y cómo, lo que se llama corrientemente la

deconstrucción, no ha hecho otra cosa que abordar el problema de la justicia, sin que lo haya podido hacer directamente, sino de una manera oblicua. Oblicua como en este momento mismo en el que yo me dispongo a demostrar que no se puede hablar directamente de la justicia, tematizar u objetivar la justicia, decir «esto es justo» y mucho menos «yo soy justo», sin que se traicione inmediatamente la justicia, cuando no el derecho”. (Derrida 1992)

Derrida atribuye la oposición o contradicción entre lo justo y lo injusto a un doble movimiento, que podemos sintetizar de la siguiente forma:

1. *La responsabilidad sin límite, necesariamente excesiva, incalculable, ante la memoria. Ante lo que nos ha sido legado bajo el nombre de Justicia, la tarea de una memoria histórica e interpretativa capaz de recordar los límites de los conceptos de Justicia, Ley y Derecho está en el centro de la deconstrucción. Ésta no es sólo una tarea filológico-etimológica o una tarea de historiador. La reconstrucción está comprometida con esta exigencia de justicia infinita. Hay que ser justo con la justicia, y la primera justicia que debe ser hecha a la justicia es la de escuchar, intentar comprender de dónde viene, qué es lo que quiere de nosotros, sabiendo que ella lo hace a través de idiomas singulares (Díke, Jus, Justitia, Justice, Gerechtigkeith, por limitarnos a algunas lenguas europeas). Hay que saber también que esta justicia se dirige siempre a singularidades, a la singularidad del otro, a pesar o precisamente a causa de su pretensión de universalidad. En consecuencia, el hecho de no ceder nunca sobre este punto, de mantener siempre sin respiro un cuestionamiento sobre el origen, fundamento y límites de nuestro aparato conceptual, teórico o normativo en torno a la justicia, constituye desde el punto de vista de una deconstrucción rigurosa todo salvo una neutralización del interés por la justicia, todo salvo una insensibilidad hacia la justicia. Se trata, por el contrario, de una sobrepuja hiperbólica en la exigencia de justicia, una*

sensibilidad hacia una especie de desproporción esencial que debe inscribir el exceso y la inadecuación en ella. Esto lleva a denunciar no sólo límites teóricos sino también injusticias concretas, con los efectos más evidentes, de la buena conciencia que se detiene dogmáticamente ante una u otra determinación heredada de la justicia.

2. *Esta responsabilidad ante la memoria es una responsabilidad ante el concepto mismo de responsabilidad que regula la Justicia.* A juicio de Derrida, este concepto de responsabilidad es inseparable de toda una red de conceptos conexos (propiedad, intencionalidad, voluntad, libertad, conciencia, conciencia de sí, sujeto, yo, persona, comunidad, decisión, etc.).

3. *El poder de interpretación de la memoria.* Toda deconstrucción de esta red de conceptos en su estado dado o dominante podría parecer una irresponsabilización en el momento mismo en que, por el contrario, es a un incremento de responsabilidad a lo que la deconstrucción apela. Pero en el momento en que el crédito de un axioma es suspendido por la deconstrucción, en ese momento estructuralmente necesario, siempre se puede creer que no hay lugar para la justicia; ni para la justicia misma ni para el interés teórico que se dirige a los problemas de la justicia. Es éste un momento de suspensión, ese tiempo de la *epokhé* sin el cual no habría deconstrucción posible. No es un simple momento: su posibilidad debe permanecer estructuralmente presente en el ejercicio de toda responsabilidad en la medida en que esta última no se abandone a un sueño dogmático y no reniegue de ella misma. Por ello, ese momento se desborda a sí mismo. Y se hace todavía más angustiante. Pero ¿quién pretende ser justo ahorrándose la angustia? Ese momento de suspense angustiante abre también el intervalo o el espaciamiento en el que las transformaciones y hasta las revoluciones jurídico-políticas tienen lugar. Sólo puede estar motivado, sólo puede encontrar su movimiento y su impulso (un impulso que no puede ser suspendido) en la exigencia de un incremento o de un suplemento de justicia y, por tanto, en la experiencia de una inadecuación o de una incalculable desproporción. Ya que, en definitiva, ¿dónde podría encontrar la deconstrucción su fuerza, su movimiento o su motivación sino en esa apelación siempre insatisfecha, más allá de las

determinaciones dadas y de lo que llamamos en determinados contextos la justicia, la posibilidad de la justicia?(Derrida 1992). Por otro lado, es significativo entender que la responsabilidad asignada como tarea ante la memoria histórica encuentra una conexidad entrañable con otros conceptos afines, los cuales ante la deconstrucción representan un aumento o incremento de esa responsabilidad que ésta lleva intrínseca como tal. No obstante, ese momento en el cual se inicia la deconstrucción conceptual, y en el cual se genera la posibilidad de creer que no existe espacio para la justicia, sin la existencia de este espacio o “momento de suspensión” (*epokhé*³⁹) como lo llama el propio Derrida, no sería posible realizar la deconstrucción, es entonces allí, en esa “apelación insatisfecha”, en esa posibilidad de justicia, donde la deconstrucción encuentra su fuerza.

El propio Derrida otorga gran crédito al trabajo desarrollado por varios miembros de los *Critical Legal Studies*; citando textualmente al filósofo francés:

“(...) los desarrollos de los Critical Legal Studies o de trabajos como los de Stanley Fish, Barbara Herrnstein-Smith, Drucilla Cornell, Samuel Weber y otros, que se sitúan en la articulación entre literatura, filosofía, derecho y los problemas político-institucionales, se encuentran hoy, desde el punto de vista de cierta deconstrucción, entre los más fecundos y los más necesarios. Me parece que responden a los programas más

³⁹ En el vocabulario filosófico es común usar el término 'epojé', transcrito a veces 'epoché', como transcripción y traducción del término griego *εποχή* (suspensión, suspensión del juicio), que los filósofos de la Nueva Academia (especialmente Arcesilao y Carnéades), y los escépticos (principalmente Enesidemo y Sexto el Empírico) usaron para expresar su actitud frente al problema del conocimiento. 'Epojé' en la definición de Sexto el Empírico, “es estado de reposo mental, por el cual ni afirmamos ni negamos” (Hyp. Pyrr., I, 10), un estado que conduce a la imperturbabilidad, (véase *ataraxia*)(Ferrater Mora 1964, 539)

radicales de una deconstrucción que querría, para ser consecuente con ella misma, no quedarse encerrada en discursos puramente especulativos, teóricos y académicos sino, contrariamente a lo que sugiere Stanley Fish, tener consecuencias, cambiar cosas, intervenir de manera eficiente y responsable (aunque siempre mediatizada evidentemente), no sólo en la profesión sino en lo que llamamos la ciudad, la pólis, y más generalmente el mundo. No cambiarlos en el sentido sin duda un poco ingenuo de realizar una intervención calculada, deliberada y estratégicamente controlada, sino en el sentido de la intensificación máxima de una transformación en curso, a título no simplemente de síntoma o de causa; aquí necesitaríamos otras categorías. En una sociedad industrial e hipertecnologizada, el espacio académico es -menos que nunca- el recinto monádico o monástico que por otra parte nunca ha sido. Y esto es cierto en particular en relación con las facultades de derecho". (Derrida 1992).

En ese juego de influencias, es de destacar la impronta de Derrida en los *Critical Legal Studies* en una de las obras más significativas de Duncan Kennedy –*A Critique of Adjudication* de 1997– (D. Kennedy, *A Critique of Adjudication* 1997). En esta obra, Kennedy deja ya de lado el enfoque estructuralista característico de la etapa temprana del movimiento y procura confrontar la división existente entre lo neutral o puramente jurídico (enfoque objetivo) y la perspectiva política (enfoque subjetivo). Ya sabemos que la teoría jurídica tradicional ha privilegiado el enfoque objetivo sobre el

subjetivo, dando preponderancia a los trabajos teóricos y otorgando un carácter apolítico y neutro a la labor judicial.

Es precisamente en torno a la cuestión de la neutralidad de la decisión judicial, donde Kennedy erige su teoría deconstructiva, demostrando la incidencia en la actividad jurisprudencial de los jueces de factores subjetivos distintos a la aplicación deductiva de las normas. Bajo este ejercicio, se subraya la existencia de lo subjetivo como el lado tradicionalmente reprimido, emergiendo concepciones nuevas y alternativas negadas por la objetividad dominante, sucede entonces, una alteración, un cambio de los interrogantes relevantes de conformidad a lo expuesto por Kennedy:

“Propongo ubicar mis preguntas – hechas desde una perspectiva de izquierda a la vez modernista y posmoderna, y que permanecen en la marginalidad mientras que nuestra preocupación principal sea defender la posibilidad de la neutralidad – en el centro de la discusión. Se trata, entonces, no de preguntarse cómo los jueces pueden ser neutrales, sino cómo pueden ser actores ideológicos”⁴⁰.

Este último concepto de Kennedy está estrechamente ligado a la concepción que el movimiento de los *Critical Legal Studies* asigna al activismo judicial, según el cual, los jueces cuentan con una gran variedad de mecanismos y herramientas normativos previstos por

⁴⁰ KENNEDY, D. «*A Critique of Adjudication*», Ed. Harvard University Press, 1998, pág. 52.

el propio ordenamiento jurídico para que, en el momento de interpretar la ley, pueda otorgar un sentido al Derecho objetivo; a juicio de los partidarios de los *Critical Legal Studies*, la labor judicial se manifiesta casi exclusivamente en el arbitrio judicial, el cual únicamente cobra sentido cuando el juez interpreta las disposiciones legales para lograr producir una transformación social. Los *Critical Legal Studies* consideran, en efecto, que las instituciones aparentemente necesarias, naturales y justas son creadas socialmente de forma contingente e injusta, legitimando pues el *statu quo* y alimentando la ilusión de la sociedad acerca de la necesidad y naturalidad de las instituciones sociales.

Por tanto, frente a la teoría de la neutralidad judicial de Dworkin que sugiere “*tomar los derechos en serio*”, Duncan Kennedy emerge con la sugerencia de “*tomar la ideología en serio*”. (D. Kennedy, *A Critique of Adjudication* 1997, 52)-

2.4.2.2. El influjo de Foucault: La microfísica del poder y su relación con el Reduccionismo

Fundamentados en la concepción contenida en la obra de Michel Foucault⁴¹ titulada “microfísicas del poder”⁴², los *Critical*

⁴¹ En 1979, Foucault publica “Nietzsche, la genealogía, la historia”(Foucault, Nietzsche, la genealogía, la historia 1988). Se trata de un texto breve, un homenaje, veintisiete páginas en total inscritas en una obra mayor, autoría múltiple que se congrega en torno a la obra de Jean Hyppolite. Posteriormente, éste mismo texto va a aparecer encabezando una serie de conferencias y entrevistas, conocidas a partir de ese momento, como Microfísica del poder(Witto Mättig 2001, 8).

⁴² Este es el término usado por Foucault para las formas en que las sociedades se preservan en parte alentando a los intelectuales a no tener en cuenta cómo se

Legal Studies analizan una amplia gama de estas formas centrándose en las que afectan realidades incuestionables como la explotación de clases, la discriminación racial, la dominación patriarcal o la marginación por razones de identidad sexual, por cuanto terminan afectando la forma en que se formulan y aplican las disposiciones legales. De esta forma, "(...) como Foucault, los teóricos críticos del derecho examinan diversos y múltiples 'micro-físicas del poder'". (C. West 2009, 178)

De hecho, prácticamente hasta la llegada de las teorías críticas y post-realistas, el discurso legal no se había centrado o preocupado realmente por este tipo de cuestiones, permaneciendo en relativo silencio en torno a temas y realidades que han clamado por la formulación de una crítica seria y fundamentada.

Por otra parte, y en cuanto al enunciado esencial de la doctrina social y crítica de Foucault que afirma que "*hay que cesar de describir siempre los efectos de poder en términos negativos*" (Foucault, Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión 2002), ha logrado convertirse en un elemento unificador –metodológicamente hablando- del movimiento de los *Critical Legal Studies*, toda vez que dicho enunciado parece adaptarse de forma específica al estudio del Derecho que realiza el movimiento, mientras de forma simultánea

socializan y aculturán en los "regímenes de la verdad" imperantes (C. West 2009, 178). En términos del propio Foucault: "Son los instrumentos de exclusión, los aparatos de vigilancia, la medicalización de la sexualidad, de la locura, de la delincuencia, toda esta microfísica del poder, la que ha tenido, a partir de un determinado momento, un interés para la burguesía." (Foucault, Microfísica del poder 1980, 146)

proporciona una visión más enfocada hacia la productividad del poder de la ley que hacia su ineficacia:

"Hay que cesar de describir siempre los efectos de poder en términos negativos: "excluye", "reprime", "rechaza", "censura", "abstrae", "disimula", "oculta". De hecho, el poder produce; produce realidad; produce ámbitos de objetos y rituales de verdad. El individuo y el conocimiento que de él se puede obtener corresponden a esta producción". (Foucault, Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión 2002, 118).

Este tipo de principios foucaultianos han desvelado el trasfondo de las diversas construcciones legales y del discurso jurídico en general, en el sentido de que es más el producto de una actividad política volitiva y no un reflejo proyectado por una visión que responde a una lógica eminentemente social. Así lo advierte Robin West al tratar con profundidad la máxima de Foucault que señala que el "poder viene de todos lados". Dentro del mismo contexto, señala que, a raíz de la influencia del filósofo francés, los *Critical Legal Studies* han proclamado al derecho como producto de la política (law is politics). El derecho es conocimiento como tal y también genera conocimiento como fuerza política:

"En gran parte debido a la influencia de Foucault, la academia crítica legal nos ha enseñado a pensar en el derecho como una forma de conocimiento que es a la vez producto de la política y en sí misma una fuerza política que a su vez genera otras formas de conocimiento". (R. West 1989, 60).

De esta manera, vemos cómo el concepto de los efectos del poder de Foucault ha sido útil a la hora de los *Critical Legal Studies* esgrimir y dar sustento a varias de sus premisas fundamentales, como la que advierte que el derecho es política y, hasta cierto punto, la orientada a prescindir de la noción de que el poder legal es negativo en todas sus facetas como consecuencia de versiones positivas del derecho y de la ideología jurídica en general.

Ahora bien, en otro orden de ideas, considero importante, al menos de forma breve, hacer referencia a que el concepto de “microfísica del poder” también ha influido en cierta manera la concepción de la enseñanza del derecho por parte de los *Critical Legal Studies*. Con ello me refiero a que los *crits* han afirmado que las aulas son lugares con alto contenido político donde se forman las jerarquías del futuro, adoctrinando los alumnos para que hagan parte de las corporaciones y la élite que termina sirviendo a los intereses del *statu quo* o de la clase dominante. Para identificar la influencia de Foucault en este enfoque de la educación legal, es preciso citar la siguiente noción del autor francés:

"El propósito de las cárceles o de las fuerzas policiales nunca ha sido eliminar el crimen. El crimen nunca será eliminado en la sociedad moderna. Su propósito es controlar a los individuos, ya sea directamente, encarcelándolos, o indirectamente, amenazándolos"(Foucault, Microfísica del poder 1980)

Esta es tan sólo una muestra de cómo se ejercen las "estrategias de control" de Foucault, las cuales finalmente se extienden a otros entornos de la vida en sociedad como los

educativos o formativos, véase colegios y universidades. Aquí, las "microfísicas del poder" se extienden y aplican con fines de control, tal como lo señala Ward en el siguiente apartado de su obra sobre teoría jurídica, que resulta más que pertinente a la hora de fundamentar este enfoque:

"La fábrica y el y aula de clase fueron diseñadas de tal manera que el trabajador individual o el estudiante pudiera ser vigilado en todo momento. Cada movimiento físico era monitoreado con el fin de mejorar, no sólo la eficiencia, sino el control. Cada aspecto de la vida moderna fue modelado por las diversas instituciones en las cuales las personas viven sus vidas para mejorar el control político. Esta "microfísica del poder" era omnipresente, afectando todos los aspectos de la vida. Introdujo horarios en las aulas de clase, la gimnasia como una forma de ejercicio, cada movimiento físico era dirigido por un profesor, incluso la escritura". (Ward 2006, 143-144).

Basado en las anteriores premisas, y en el análisis de las proposiciones de los *CLS* en torno a la educación legal que abordaré con la profundidad suficiente en su apartado correspondiente, pienso que la microfísica del poder se hace presente en las facultades de derecho a través de varias estrategias de control que bien señalan teóricos de los *Critical Legal Studies* como Duncan Kennedy. Una de estas premisas es la concepción de la facultad de derecho como una fábrica de "corporate lawyers" o abogados corporativos, a quienes las facultades encauzan en cargos futuros en servicio de la jerarquía, despojándolos de otras opciones

alternativas a la hora de ejercer el derecho. Esto va de la mano con la teoría de los *Critical Legal Studies* de que la estructura del plan de estudios o currículo, en la actualidad gira más en torno al derecho privado y su doctrina (es su eje), dejando en la “periferia” de la enseñanza legal, asignaturas de carácter interdisciplinario o que llevan intrínseco un carácter más crítico y un ejercicio más alternativo del derecho como el derecho público, la enseñanza clínica o práctica legal, la sociología jurídica, sólo por nombrar algunas.

De tal suerte que, poniendo la anterior idea a la luz de la premisa de Foucault, la facultad de derecho ejerce una “estrategia de control”, moldeando las diferentes instituciones esenciales de la enseñanza del derecho con el fin de mejorar el control político que ejercen sobre los futuros abogados⁴³. En otras palabras, el operador jurídico del mañana es controlado desde la academia, al imponérsele un plan de estudios determinado para formarlo como un soldado o peón más en servicio de la élite, esto es, toda una factoría de abogados adoctrinados en servicio de la jerarquía, sin herramientas para el ejercicio y aplicación alternativa del derecho.

La tesis de la indeterminación del Derecho, como elemento esencial en la crítica de los *Critical Legal Studies*, es básicamente un reflejo y una elaboración de la posición elucubrada por Foucault en los siguientes términos:

⁴³ De aquí que autores como Duncan Kennedy afirmen que el aula de clase se debe “politizar” (D. Kennedy, *Politizar el aula* 2007)

*“La humanidad no progresa gradualmente de combate en combate hasta que arriba a la reciprocidad universal, donde la norma de Derecho finalmente reemplaza la guerra; la humanidad instala cada una de sus violencias en un sistema de reglas y por lo tanto procede de dominación a dominación. . . . Las reglas son vacías en sí mismas, violentas e incompletas; son impersonales y pueden ser dobladas a cualquier propósito. . . . La interpretación es la apropiación violenta o subrepticia de un sistema de reglas, que en sí mismo no tiene un significado esencial, con el fin de imponer una dirección, para doblarla a una nueva voluntad, para forzar su participación en un juego diferente”. (Foucault, *The Foucault Reader* 1984, 151, 152)*

Del anterior extracto de Foucault se desprenden algunos de los temas principales que han sido recogidos por los *Critical Legal Studies* y que podemos resumir sucintamente en dos de la siguiente forma:

(i) La interpretación de la ley es un acto de poder que constriñe el significado a reglas que de otra forma serían semánticamente vacías.

(ii) Existe un vacío semántico inherente a las normas jurídicas.

El influjo de Foucault en el debate que se suscita al interior de los *Estudios Críticos del Derecho* se desenvuelve alrededor su “Teoría Local”, la cual descalifica las codiciosas, abstractas y complejas

explicaciones estructurales de la teoría social general, para aproximarse a la teoría local basada en discursos de carácter crítico-constructivo y para reducir el Derecho a lo “esencial”. En efecto, la “Teoría Local” de Foucault se articula plenamente en el enfoque filosófico del Reduccionismo. Desde esta óptica, la reducción del Derecho a lo esencial, a lo necesario, despojándolo así de abstracciones, de complejidades o de macro-elementos, es requerida para resolver los diversos problemas del conocimiento jurídico.

Otro criterio o conceptualización de Foucault que definitivamente ejerce gran influencia sobre el movimiento objeto de estudio, es el atinente a los “dispositivos de saber-poder”, a partir de los cuales el Derecho se erige como un arma, como un mecanismo de la dominación global entre colectivos humanos. Ciertamente, desde esta perspectiva, el Derecho se consolida como instrumento de dominación social, económica y política, al favorecer los intereses de los dominadores y al prolongar el orden existente (Foucault, Nietzsche, la genealogía, la historia 1988)⁴⁴. Parte de este criterio de Foucault es reproducido y adaptado por Duncan Kennedy desde la óptica de la enseñanza del Derecho, a través de conceptos como el de las “jerarquías ilegítimas” desarrolladas en las facultades de Derecho en su calidad de *“lugares intensamente políticos, y no sólo en cuanto a los contenidos y métodos concretos de*

⁴⁴ El concepto de “jerarquía legítima” data desde los orígenes más remotos de los *Critical Legal Studies*, en concreto, es empleado por primera vez en la conferencia “Conference on Critical Legal Studies” celebrada en mayo de 1977.

sus enseñanzas, sino también en cuanto instituciones que reproducen y están al servicio de una serie de “jerarquías ilegítimas” presentes en la profesión jurídica y en la sociedad en general”. (Pérez Lledó, El Movimiento Critical Legal Studies 1996, 223)

2.4.3. El Neomarxismo o Escuela de Frankfurt: La autonomía relativa del Derecho

Si bien es conocido que conceptualmente los *Critical Legal Studies* encuentran en el Realismo Jurídico su predecesor ideológico, no se puede negar la enorme influencia que, por lo menos en sus orígenes, tuvo el movimiento del *neo-marxismo*, también conocido bajo el nombre de “Escuela de Frankfurt”.

Escuela de Frankfurt es el nombre generalmente utilizado en Teoría jurídica para designar a un grupo de intelectuales de izquierda que estuvieron afiliados al *Instituto de Investigación Social* en Frankfurt (Alemania) a comienzos de la década de los 20 –más concretamente, desde su constitución en 1923-. Entre este grupo de pensadores destacaban nombres como el de Herbert Marcuse, Theodore Adorno, Erich Fromm o Walter Benjamin. A pesar de que la Escuela de Frankfurt nunca liberó una teoría del Derecho unificada, es posible rastrear las pautas de una teoría crítica de la sociedad aportada a partir de las ideas emanadas de este grupo de intelectuales.

El objetivo por el que se conforma esta asociación de eruditos bajo el paraguas de la *Escuela de Frankfurt*, era el de llevar a cabo un estudio metódico y crítico de la sociedad moderna que combinara la filosofía crítica de Kant y la crítica a la ideología de Marx. El eje de

esta escuela de pensamiento giraba en torno a la explicación de las raíces hegelianas del marxismo por medio de un análisis de los *Manuscritos Económicos y Filosóficos* de Marx del año 1844. Estos manuscritos se enfocaban, fundamentalmente, al estudio de la filosofía de la naturaleza humana que subyace en la teoría económica de Marx. En términos prácticos, la Escuela de Frankfurt trató de crear un diálogo disciplinario con otras escuelas del pensamiento en torno a los límites del liberalismo y a las perspectivas de futuro del marxismo.

Varios miembros ilustres del movimiento de los *Critical Legal Studies* reconocen la gran importancia que tuvo la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt en la evolución intelectual interna de su propio movimiento. En este sentido, Alan Hunt sería uno de los *crits* que más tempranamente se lanzaría a describir las influencias teóricas iniciales de la Escuela de Frankfurt en el movimiento de los *Estudios Críticos del Derecho*; para este autor, los *CLS* conforman un híbrido de "los elementos más Marxistas de la teoría crítica y (...) de la sociología subjetivista o interpretativa". (Hunt y Fitzpatrick, *Introduction to Critical Legal Studies* 1987, 159) Más adelante, Hunt abordaría el análisis de la teoría crítica de la escuela alemana de Frankfurt junto a las de otros marxistas occidentales como Gramsci o Lukács, para llegar al convencimiento de que todas ellas presentan una línea de pensamiento común: su preocupación por "el análisis de la conexión entre los procesos de relaciones económicas y de clase y

*los procesos de la conciencia humana y la acción". (Pérez Lledó, El Movimiento Critical Legal Studies 1996)*⁴⁵

Pese a las grandes aportaciones de Alan Hunt⁴⁶, hemos de reseñar que el estudio llevado a cabo por David Kennedy en su obra "Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship" (D. W. Kennedy 1986), constituye quizás el tratamiento de mayor sustento de la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt en los anales de los *Critical Legal Studies*.

En un primer momento, Kennedy analiza la Escuela de Frankfurt en detalle, haciendo para ello una descripción avanzada de sus lecturas "revisitadas" de Hegel y Marx en su intento por construir una teoría dialéctica, rechazando para ello tanto los postulados del positivismo como del naturalismo y aspirando a construir una teoría liberadora de la sociedad que disponga a su vez de un contenido cognitivo. Con posterioridad, Kennedy se centra en describir el catálogo de influencias que la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt ha dejado en la doctrina crítica jurídica de mediados del siglo XX; a juicio de Kennedy, dos formas de crítica legal han encontrado su fuente de inspiración en el pensamiento de esta

⁴⁵ A su vez, otros intelectuales destacados del movimiento de los Critical Legal Studies, como Minda o Hutchinson, se han decantado por el análisis de la ideología y la legitimación que realiza la Escuela de Frankfurt como precursora de las primeras nociones de la función ideológica del Derecho en la sociedad.

⁴⁶ Véanse obras como "The Theory of Critical Legal Studies" publicada en 1986 (Hunt, The Theory of Critical Legal Studies 1986) o "Introduction to Critical Legal Studies" que vería la luz del día tan solo un año más tarde que la primera (Hunt y Fitzpatrick, Introduction to Critical Legal Studies 1987)

Escuela germana (D. W. Kennedy 1986, 275)⁴⁷: (i) por un lado, la llamada “tesis de la indeterminación del Derecho”, anteriormente apuntada y (ii) por otro, la tesis de la “ideología legitimadora” que concibe el desarrollo de doctrinas legales como “residuo de metáforas permisivas” y como lucha para desplazar una conciencia legal con otra.

Otro de los autores más emblemáticos de los *Critical Legal Studies*, sobre el cual ya hemos hecho reiterativo hincapié en este trabajo de investigación, Duncan Kennedy, también hace referencia en su obra a la influencia del *neo-marxismo* –también llamado “marxismo estructuralista”- en la crítica que ejerce el movimiento de los *Critical Legal Studies*; a su juicio la crítica del movimiento “*toma en serio la noción neo-marxista de que el discurso jurídico equivale a ideología (...) de que hay una rebelión contra las categorías familiares y contra el tono del discurso izquierdista americano de la época (...)*”. (D. Kennedy, *Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos* 1992, 284)

⁴⁷ De acuerdo al autor, estas metáforas son solo distracciones que no llevan al teórico crítico a responder preguntas tales como ¿por qué la clase obrera, en su papel de agente histórico de la revolución marxista, falla en su intento de percibir sus verdaderos intereses a la hora de liberarse del capitalismo? En otras palabras, al aseverar que esa ideología interviene para legitimar el *statu quo* o que una teoría dialéctica apropiada no ha sido desarrollada, lo único que hace es desplazar la pregunta a otro nivel. En esta parte es donde Kennedy insta a los *Critical Legal Studies* a adoptar la estrategia posmoderna de permanecer “agnósticos acerca de estos temas”. (D. W. Kennedy 1986, 278,279) Esto se traduce en asumir una actitud filosófica bajo la cual dicho conocimiento resulta incomprensible, o por lo menos, inaccesible a su entendimiento o juicio.

Pese a lo anterior, los principales pensadores del movimiento de los *Critical Legal Studies* –entre ellos el ya mencionado Duncan Kennedy– rechazaron tajantemente la versión comunista del marxismo ortodoxo⁴⁸ y prefirieron considerarse a sí mismos como “materialistas históricos”; dicho concepto había sido identificado por el propio Marx, aunque fuera acuñado por Engels, con el propósito de entender la historia del hombre. El propio Duncan Kennedy pone de manifiesto su propia condición de “materialista histórico” en una entrevista concedida a la publicación *The Advocate* a mediados de la década de los noventa:

“Invertí un poco de tiempo leyendo Marx y a los teóricos marxistas, y tuvieron una influencia profunda. Rechazo la versión comunista del Marxismo, así que no soy un materialista histórico y no creo que la base determina la superestructura y no creo en la propiedad estatal de los medios de producción y tampoco creo en un partido de vanguardia ni en la dictadura del proletariado ni en el centralismo democrático. De Marx tomé dos cosas que creo que son simplemente geniales: su crítica a la forma en que el capitalismo funciona, sobre todo el papel de la ideología, y su énfasis en la lucha entre las clases. Sin embargo, no debemos

⁴⁸ La aproximación del instrumentalismo del marxismo ortodoxo en el cual los capitalistas pierden y la clase obrera es titular de derechos reconocidos legalmente que les permiten pelear por sus intereses desvela uno de los problemas del modelo teórico de Karl Marx. En este mismo sentido, el Marxismo clásico consideraba que el Estado del Bienestar es un instrumento que permite ocultar la explotación que subyace al interior del capitalismo salvaje. Esto inicialmente resultaba particularmente atractivo a los pensadores de los CLS, toda vez que concepciones de esta clase permitían dilucidar que el ordenamiento jurídico reforzaba la desigualdad social.

decir solamente lucha entre clases, se trata de grupos oprimiendo a otros, peleando entre ellos, dominándose uno al otro, todo dentro del contexto de la ideología". (D. Kennedy, A Conversation with Duncan Kennedy 1994, 59)

Por otro lado, a juicio de los críticos del Derecho, la teoría marxista ortodoxa carecía de un determinismo difícil de alinear con las contingencias de carácter social de la realidad que propugnan los *Critical Legal Studies*. Por lo tanto, el problema de la indeterminación formulada desde los albores del realismo que los *Critical Legal Studies* ya habían utilizado para desplegar sus críticas contra el empirismo post-realista, se empezó a aplicar también a la crítica del estudio de la sociedad humana y, en definitiva, a la Teoría Social.

Por todas las carencias anteriormente apuntadas del marxismo ortodoxo, los principales autores de los *Critical Legal Studies* decidieron decantarse por nociones "neo-marxistas" como influencia externa al movimiento. Así, los primeros artículos y ensayos de los *Critical Legal Studies* se convierten en una reproducción de varios debates fundamentales del neo-marxismo de occidente, principalmente debido a su enfoque en aspectos sociológicos, psicológicos y culturales, dejando de lado el determinismo económico esbozado por Marx⁴⁹.

⁴⁹ Es importante anotar que muchos simpatizantes del Neo-marxismo fueron sociólogos y psicólogos vinculados con movimientos académicos de la década de los sesenta, haciendo parte del pensamiento neo-izquierdista o de la Nueva Izquierda.

Dos de las nociones más importantes heredadas del *neo-marxismo* por los principales partidarios de los *Critical Legal Studies* consistían en la defensa, por un lado, (i) de la función dominante del *Derecho como instrumento de legitimación de las diferencias entre las clases sociales* y (ii) por otro, de la llamada “autonomía relativa del Derecho”, la cual se predica de los casos en que el operador jurídico se niega a ver la relación existente entre el Derecho y la sociedad. Bajo la concepción neo-marxista, ambos postulados se traducen en la concepción del Derecho como instrumento de legitimación de las diferencias entre clases sociales.

Efectivamente, los *Critical Legal Studies* conciben el Derecho como un instrumento directo de hegemonía, de dominación, que no sólo impone la voluntad de una clase dominante, sino que consolida a una *ideología legitimadora del statu quo*. Desde esta perspectiva neo-marxista, el Derecho se concibe como una herramienta de justificación para la manipulación social, instando a un cambio radical en las diversas estructuras económicas y políticas existentes. El pensamiento neo-marxista advierte que la desigualdad social es producto de las injusticias que han emergido de la sociedad clasista. Aquí nace la afirmación, o mejor dicho, la comparativa que ejercen los *crits* entre Derecho y religión en períodos históricos pasados, ya que manifiestan que la ley se convierte en un objeto de creencia que acuña la conciencia popular hacia una aquiescencia pasiva u obediencia al *statu quo*. Para el pensamiento neo-marxista, por el contrario, el restablecimiento de la igualdad en todas las áreas de la sociedad es en lo que consiste la justicia social. Los neo-marxistas

rechazan la burocracia y la centralización del poder, resistiéndose a *concepciones ostentativas* del Estado y reclamando una descentralización casi que absoluta en todos los campos.

Dichas *concepciones ostentativas* del Estado son precisamente las que inquietan al movimiento de los *Critical Legal Studies* cuando afirman que el Derecho debe tener por aspiración la inclusión de los asociados o de los sujetos que conforman la sociedad para de esta manera evitar su posible exclusión. Para alcanzar la denominada “justicia social”, todo operador jurídico debe adoptar la decisión a la cual indefectiblemente debe llegar, sin importar el *statu quo* y demás factores institucionales; en otras palabras, debe “moldear” su actividad para cerrar posibles “brechas” de desigualdad social. Desde esta perspectiva, el juez –en su calidad de operador jurídico principal- debe ser administrador, directivo, regente de este valor integrador y debe transformar el Derecho en una herramienta inclusiva, emancipadora, liberadora que busque reducir el margen de desigualdad social existente a la hora de proferir sus decisiones o sentencias.

2.4.4. La Epistemología Relativista

La Epistemología Relativista del siglo XX es una de las fuentes de las que más beben los *Critical Legal Studies* para sus fines como movimiento.

En la Filosofía tradicional, la búsqueda de la verdad se asociaba a un marco de referencia neutral e inquebrantable. La comprensión se alcanza cuando el lenguaje entiende la forma o

esencia de un objeto determinado, o expresado en otras palabras, la realidad objetiva existe y se refleja en el lenguaje.

A diferencia de la epistemología de los dos siglos anteriores, la surgida en el siglo XX es una nueva epistemología que refuta todo tipo de trascendencia y encara la ausencia de lo absoluto. Los baluartes esenciales de esta nueva epistemología son, precisamente, (i) el rechazo de las “certezas tradicionales” y (ii) la denegación de “verdades objetivas”.

Esta *Epistemología relativista* resultó en dos variantes principales de la crítica a lo metafísico o lo trascendental. En primer término, los pragmatistas estadounidenses sostuvieron que no existía ninguna racionalidad objetiva *a priori* que pudiese corresponder con la experiencia. En segundo lugar, los positivistas lógicos argumentaron que solo aquellas proposiciones que resultan verdaderas pueden ser verificadas de forma observacional o experimental, por ende, todos los conceptos metafísicos, trascendentales y *a priori* carecen de significado.

Una consecuencia directa de este rechazo a *lo absoluto* –en definitiva, al universalismo ético– fue la adopción del *relativismo ético*. Empero, gran parte de los pensadores americanos relegaron el relativismo exclusivamente a crear una dicotomía entre los hechos y la teoría, negando que la lógica abstracta tuviese una conexión necesaria con la realidad, sosteniendo que los hechos, no las teorías, son los que se encargan de describir la realidad objetiva. Por ende, los hechos se convirtieron en la fuente de la certeza, pese a la teoría

de la relatividad de Albert Einstein⁵⁰ y al principio de la incertidumbre de Heisenberg⁵¹.

En el campo de la Jurisprudencia, los representantes del Realismo americano y sus sucesores en el movimiento de los *Critical Legal Studies*, animarían un verdadero proyecto de reforma metodológica en las ciencias sociales y jurídicas y se encomendarían al método científico para configurar estudios empíricos del Derecho. No obstante, la objetividad de los hechos que preconiza el método científico sería desafiada por los avances en lingüística y artes visuales, demostrando que los hechos y su percepción están moldeados por las categorías preconcebidas del observador. Historiadores del arte y artistas también lograron demostrar que los hechos son dependientes de la interpretación del observador, mientras filósofos como Ludwig Wittgenstein, argumentaron que no existía una sola realidad independiente de las interpretaciones del observador, afirmando que la base del conocimiento es el acuerdo humano y no una realidad trascendente.

⁵⁰ De hecho, un grupo de filósofos y científicos de concepción filosófica respondieron de forma destacada a la novedosa manera de interpretar las relaciones del universo físico, desconociendo que tales resultados fuesen algo que ocurriera en el mundo de la física exclusivamente, identificando de esta manera las amplias consecuencias que tales resultados podrían representar para la epistemología. Entre este grupo de científicos y filósofos, vale la pena destacar nombres como el de Ernst Cassirer, Moritz Schlick y Hans Reichenbach.

⁵¹ Predica que el hecho de medir una magnitud altera la otra, no es posible medir paralelamente y de forma precisa la posición y el momento lineal de una partícula determinada, de aquí nace el principio de la indeterminación o incertidumbre de Heisenberg.

2.5. Dos importantes ambivalencias en el seno de los *Critical Legal Studies*

Como hemos visto en el análisis anterior en torno al rol de influencia jugado por la Escuela de Frankfurt, los *Critical Legal Studies* han asumido una posición intermedia entre la *teoría de la autonomía relativa del Derecho* y la *teoría del determinismo marxista*. Como consecuencia de esta posición intermedia de distancia frente al dogma propio del determinismo marxista economicista y el dogma de la autonomía propio del formalismo jurídico, el movimiento de los *Estudios Críticos del Derecho* se ha preocupado por estudiar la dimensión social del Derecho, partiendo para ello de su concepción como ideología legitimadora que contribuye a constituir la conciencia de las personas sobre la realidad social y sus posibilidades de transformación. De este modo, el discurso del Derecho se integraría con un complejo de prácticas discursivas que estructuran las percepciones sobre la realidad social y que puede limitarse a reproducirla o por el contrario a transformarlas. (Pérez Lledó, *El Movimiento Critical Legal Studies* 1996, 387-396)

Partiendo de este enfoque, podemos apreciar la existencia de dos ambivalencias relevantes frente al Derecho en el movimiento de los *Critical Legal Studies*: (i) en primer término, la ambivalencia relativa a la función social del Derecho y (ii) en segundo término, la relacionada con su esencia contradictoria.

(i) En relación a la primera ambivalencia –la relativa a la función social del Derecho–, ésta se manifiesta en los debates y planteamientos afines al carácter mutuamente constitutivo del

Derecho, en los cuales se hace uso del instrumentalismo, común denominador de teorías sociales dominantes como las liberales (v.gr. la sociología funcionalista) o las marxistas que perciben el Derecho como un elemento dependiente de la realidad social imperante y como un instrumento para satisfacer las necesidades y demandas de esa sociedad o grupo social determinado.

La teoría de los *Critical Legal Studies* sostiene, por el contrario, que el Derecho está indisolublemente unido a la sociedad, por cuanto no es posible la concepción de una sociedad avanzada, fuertemente “juridificada”, de forma independiente de su propia estructura jurídica. El Derecho para los *crits* no responde a intereses pre jurídicos diferenciados, toda vez que tales intereses son también definidos por el derecho (Pérez Lledó, El Movimiento Critical Legal Studies 1996, 387-388).

La anterior noción nos permite afirmar, como advertimos previamente, que los *Critical Legal Studies* simpatizan plenamente con nociones neo-marxistas, ofreciendo ideas y preceptos distanciados y, en cierta forma divorciados del marxismo ortodoxo y rígido –tales como la noción previamente apuntada de la “autonomía relativa del Derecho”-. De esta manera, al negar que el ordenamiento jurídico se transforme de acuerdo a cambios en el poder político o en las relaciones productivas, las transformaciones en la práctica jurídica obedecerían directamente a factores propios de la cultura jurídica, defendiendo así, la idea del carácter mutuamente constitutivo del derecho y la sociedad, por la definición que el derecho hace del status de diversas personas e individuos, lo

mismo que de sus relaciones con otros entes o con el Estado (Pérez Lledó, *El Movimiento Critical Legal Studies* 1996, 387-391).

(ii) Por lo que respecta a la segunda ambivalencia apuntada, la relacionada con la esencia o naturaleza contradictoria del Derecho, considero de conformidad con los *Critical Legal Studies*, que la contradicción y la naturaleza política del discurso jurídico busca revelar o descubrir que el orden que el Derecho representa como tal es voluble, cambiante y puede representar órdenes distintos a los perseguidos.

Mark Tushnet es uno de los críticos que muestra mayor escepticismo en relación a esta ambivalencia doble inherente al movimiento de los *CLS*, principalmente respecto al tema del discurso liberal de los derechos, que cataloga como inestable, indeterminado y políticamente inútil. En primer lugar, Tushnet considera dicho discurso inestable porque la contextualización de los propios derechos establece límites o fronteras, contexto que es supremamente variable, voluble e impredecible. En segundo lugar, y en relación a la inutilidad política, Tushnet profundiza sobre este tema en su crítica y sostiene que la falta de utilidad política de los derechos se da en razón de su abstracción y a causa de que disuaden la movilización política conforme lo ha comprobado la praxis norteamericana. El propio Robert Gordon también ha coincidido con la posición defendida por Tushnet y, a pesar de que reconoce que existen algunas prerrogativas otorgadas por el derecho en función del cambio social, advierte que *“la retórica de los derechos puede ser una peligrosa arma de doble filo, como lo ha llegado a descubrir*

también el movimiento negro a favor de los derechos civiles. Algunos derechos mínimos pueden convertirse en topes: (usted obtiene sus derechos, pero eso es todo lo que obtiene)". (R. W. Gordon, Conferencia Brendan Brown: la teoría crítica del derecho (Critical Legal Studies), como método de enseñanza del derecho 1999, 210)

3. LOS VÁSTAGOS DE LOS CRITICAL LEGAL STUDIES

Hacia finales de la década de los ochenta, se produjo una fusión o intersección de los *Critical Legal Studies* con otros movimientos o corrientes emergentes en Norteamérica durante ese decenio; la primera de ellas sería la jurisprudencia feminista – *Feminist Jurisprudence*-, cuyo objeto sería el de desenmascarar la estructura patriarcal que se esconde tras una teoría jurídica neutral y asexuada para llegar a conformar una “jurisprudencia constructiva” capaz de re-articular derechos nuevos y atribuir así los logros de las conquistas de las mujeres a ellas mismas (Marrades Puig 2002, 21-22). Esta teoría feminista se erige como una teoría crítica y deconstructiva que encontró en el movimiento de los *Critical Legal Studies* el caldo de cultivo para un nuevo activismo de corte feminista. A este movimiento se adscribirían importantes juristas norteamericanas –tales como Catherine A. MacKinnon⁵² y Susan Moller Okin⁵³- que demandan la plena capacidad de las

⁵² Entre algunas de sus obras más relevantes podríamos citar la que trata sobre el acoso a las mujeres en sus lugares de trabajo (MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination* 1979), su texto sobre feminismo de 1987 (MacKinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* 1987) y su obra en torno a la teoría feminista, publicada dos años más tarde (MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State* 1989)

⁵³ Como referencia, véanse algunas de sus producciones intelectuales más importantes tales como “Mujeres en el Pensamiento Político Occidental” (Moller Okin, *Women in Western Political Thought* 1979) o “Justicia, Género y Familia”, publicada hacia finales de la década de los ochenta (Moller Okin, *Justice, gender, and the family* 1989)

mujeres a participar de pleno derecho en los discursos sociales y políticos, propugnando para ello la necesidad de disolver la situación de aislamiento y marginación que viven las mujeres.

Otra corriente de intersección fundamental resultante de los movimientos ligados a los *Critical Legal Studies* en la década de los ochenta, es la llamada “Teoría Crítica de la Raza” o, en su nomenclatura anglosajona, *Critical Race Theory* (CRT). Como señala Walker, el racismo forma inevitablemente el cuerpo del inconsciente colectivo de las sociedades contemporáneas; más concretamente, nos sugiere que:

“(...) la estructura social americana se encuentra caracterizada por inmutables relaciones sociales basadas en la raza. El racismo forma el cuerpo del inconsciente colectivo; y la ley, en vez de ser determinada, racional, y llena de principios, representa tan sólo una expresión de la posición superior de los blancos”. (Walker 2003)

Junto a las dos anteriores, hay otro tipo de corrientes de pensamiento coetáneas a los *Critical Legal Studies* que, sin tener la fuerza y relevancia de las dos teorías expuestas, forman parte indiscutible de esta intersección con los *Estudios Críticos del Derecho* y merecen una mención en el presente apartado de nuestra investigación: se trata de las teorías críticas sobre el post-colonialismo, el pluralismo cultural, los movimientos “Economía y Derecho” y “Sociedad y Derecho” y, sobre todo, la Jurisprudencia feminista que abordaremos a continuación.

3.1. Jurisprudencia feminista o teoría feminista del Derecho

*“Mientras los Critical Legal Studies, como un derivativo del pensamiento postmoderno, surgieron de una insatisfacción con la teoría y la educación legal, la teoría crítica feminista surgió de la experiencia con la desigualdad, con la falta de representación y con la exclusión de las mujeres en el Derecho”.
(Barnett 1989, 202)*

La *Teoría Jurídica Feminista* o *Jurisprudencia Feminista* constituyó un novedoso grupo al interior del movimiento feminista de los años ochenta que giraba en torno a la crítica de las instituciones legales y del Derecho en general.

El vínculo existente entre el feminismo postmoderno y el movimiento *Critical Legal Studies* se quebrantaría desde la celebración de un Congreso en 1983 en el seno del movimiento enfocado precisamente en el feminismo. Este evento marcó la emergencia de una congregación de colectivos y asociaciones en el seno del movimiento crítico fuertemente marcado por el activismo político feminista: los llamados "fem-critics". Con anterioridad a este congreso, las investigaciones feministas ocupaban un espacio marginal en las sesiones de trabajo de los grupos vinculados al

movimiento de los *Critical Legal Studies*. La crítica del Derecho y de las instituciones jurídicas desarrollada por los/as integrantes de dichos colectivos alrededor de la llamada *Jurisprudencia Feminista*, coincide en gran parte con las temáticas generales de los *Critical Legal Studies*.

Dos años más tarde de la mencionada conferencia, precisamente en el año de 1985, tuvo lugar un congreso feminista de gran envergadura cuya coordinación fue asignada a cuatro de las más destacadas "femcrits" y pioneras de los movimientos feministas de la década de los ochenta en Estados Unidos; en concreto, Judi Greenberg, Clare Dalton, Martha Minow y Mary Joe Frug. El inicio de la conferencia estuvo precedido por la proyección de un filme de Susan Glaspell, titulado "A Jury of Her Peers", que trataba el asesinato de John Hossack, para su posterior debate. De este modo, las "femcrits" dejaron constancia de su intención de desarrollar métodos dialécticos más influyentes y participativos, basados en experiencias personales que distaban significativamente de los utilizados hasta ese momento por los *Critical Legal Studies*. Desde este congreso de 1985 se empezó a acuñar el término "Feminist Jurisprudence" para referirse de forma general a todos los trabajos que, rebasando el interés pretérito por las reformas de tipo legal y la adhesión de las mujeres, trataban de entender problemas esenciales acerca de la forma en que los valores legales, las instituciones jurídicas, la justicia, la objetividad y la neutralidad funcionaban en el contexto de las mujeres.

Esta “intersección” entre los *Estudios Críticos del Derecho* y los movimientos feministas emergentes en Norteamérica durante la década de los ochenta, busca desenmascarar la estructura patriarcal que se esconde tras una teoría jurídica neutral y asexuada para, al mismo tiempo, convertirse en una jurisprudencia constructiva que se ocupa de re-articular los derechos nuevos para atribuir los logros de las conquistas de las mujeres a ellas mismas (Marrades Puig 2002, 21-22).

La *Teoría Feminista del Derecho* se erigió pues como una teoría crítica y deconstructiva que perfeccionaría sus ideas paralelamente a las de los *Critical Legal Studies*. Son varias las juristas norteamericanas reconocidas que se adhirieron al movimiento de la Teoría Feminista del Derecho, tales como Catherine A. MacKinnon, Susan Moller Okin o Carrie Menkel-Meadow, quienes han destacado durante décadas por su lucha en contra de la bipolarización de áreas de actividad que pudieran limitar el acceso y la influencia de las mujeres en el Derecho. Sin embargo, no se puede comprender la Jurisprudencia Feminista desarrollada a raíz del movimiento de los *Critical Legal Studies* sin que la ubiquemos dentro de la trama general de las disputas del movimiento feminista en Norteamérica. A continuación, trataremos de realizar una breve cosmología de dicha trama.

El feminismo norteamericano ha conservado tres actitudes discrepantes en relación al Derecho, vinculadas con los análisis feministas de la subyugación a las mujeres (Olsen 1990).

(i) El llamado “feminismo reformista”, como primer grupo, socializa la idea de que la descripción del Derecho como objetivo, abstracto, racional y dirigido por principios no es acertada, ya que su funcionamiento en la actualidad no se guía por esos principios pese a que sean codiciables o deseables. La mejora de las circunstancias de vida del sexo femenino estaría supeditado al ejercicio efectivo de tales principios. Todo se circunscribe pues, a una estrategia que repele la “sexualización” y admite un arquetipo de la igualdad que descarte la diferencia de sexo.

(ii) La calificación del Derecho como "patriarcado" hace alusión al segundo grupo, y admite que éste es abstracto, objetivo y racional; sin embargo, se niega a aceptar que estos principios estén por encima o primen sobre otros. Ese sistema, esa armazón jerárquica, objetiva y racional se identifica con el patriarcado, y estipula que el ordenamiento jurídico se puede calificar como "masculino". Se rechaza completamente la jerarquización de unos valores sobre otros, no obstante, se admite la sexualización como un componente que el Derecho debe consagrar y, por ende, reconocer.

(iii) El tercer grupo censura la calificación del Derecho como abstracto, objetivo y racional, al igual que la categorización de estos valores en relación a sus antagónicos. El Derecho no se puede caracterizar a través del contraste entre conceptos opuestos. Este tercer grupo es con el que se encuentra identificada Frances Olsen y que supone la aplicación de ciertos principios de los CLS al ámbito del Derecho y las mujeres: el Derecho no es universal, abstracto,

racional y objetivo, por esta razón, no puede apartarse del entorno político, ni tampoco es la clave exclusiva para el cambio social.

Las coincidencias y discrepancias entre los *Critical Legal Studies* y la Teoría Feminista del Derecho se han visto reflejadas en varios trabajos de relevancia académica. Uno de los más destacados es el ensayo de Carrie Menkel-Meadow en referencia a la educación legal (Menkel-Meadow 1988). De acuerdo con esta autora, tanto los *Critical Legal Studies* como la Teoría Feminista coinciden en su interés particular acerca de aquellas cuestiones relacionadas con la jerarquía, la descontextualización y la despersonalización de la formación jurídica en la actualidad. Los dos movimientos estiman que la forma como la ley y los roles colaboran a la hora de formar una "personalidad de abogado", no permite que el futuro jurista en formación se percate de las verdaderas realidades del mundo. La principal divergencia entre estas dos perspectivas de enfoque reside en que la crítica de la Jurisprudencia feminista se erige desde la experiencia real de las personas oprimidas o discriminadas, mientras que la perspectiva de los *Critical Legal Studies* se limita a realizar una descripción y suposición sobre dicha experiencia o situación.

3.1.1. Escuelas de la jurisprudencia feminista

Para identificar la amplia variedad de escuelas y grupos de interés que cohabitan dentro de la Teoría del Derecho feminista, podemos clasificar la *Jurisprudencia feminista* en diversas "Escuelas".

De acuerdo con Surya Prakash Sinha, es posible diferenciar “siete escuelas de pensamiento” en los fundamentos de la Teoría jurídica feminista, Jurisprudencia feminista o Teoría feminista del Derecho: (i) La *escuela feminista liberal*, de igualdad formal o de *feminismo simétrico*; (ii) la *escuela del feminismo asimilador*; (iii) la *escuela feminista bivalente o de la diferencia*; (iv) la *escuela del feminismo integrador*; (v) la *escuela del feminismo relacional*; (vi) la *escuela de la dominación o feminismo radical* y, por último, (vii) la *escuela del feminismo postmoderno* (Prakash Sinha 1993).

Veamos brevemente las características esenciales de cada una de estas escuelas.

Escuela feminista liberal o del feminismo simétrico. Esta escuela busca la igualdad formal del sexo femenino. Reclaman el mismo trato del hombre para la mujer. Siendo las mujeres tan racionales como el hombre, ambos deberían tener igualdad de oportunidades para hacer sus elecciones. Los abanderados de esta escuela sostienen que la igualdad de oportunidades para ambos sexos expande las posibilidades para la experiencia de vida femenina en lugar de reducirla meramente a la del hombre.

Escuela del feminismo asimilador. La escuela del *feminismo asimilador* es básicamente una versión más radical de la escuela Liberal. Argumenta que la sociedad debe estar desprovista de sexismos, sin hacer distinciones basadas en el sexo, bien sea en el ámbito personal, institucional o legal. En cuanto al factor de distinción entre ambos sexos que representa el estado de embarazo

en la mujer, esta Escuela esboza dos argumentos que tienen por fin erradicar el estado de gravidez de la experiencia social. El primero señala que la gestación extra-uterina y la reproducción artificial pueden libertar a las mujeres de la opresión que ejerce el carácter reproductivo de su biología. El segundo factor advierte que, incluso si este aspecto fisiológico se conserva inmutable, los efectos del embarazo pueden paliarse a través de la creación de instituciones sociales, como la creación de la familia heterosexual nuclear, la imposición de la inhabilidad por embarazo, o la fundación de estamentos especializados para la crianza y educación de los niños.

Escuela feminista bivalente o de la diferencia. Esta escuela sostiene que el ideal de la igualdad obliga a las mujeres a ajustarse a la norma masculina, haciendo que la diferencia entre ambos géneros sea mucho más marcada. Asimismo, esta escuela propende por el establecimiento de un doble sistema de derechos que sea tanto igual como diferenciado, argumentando que las diferencias existentes entre el hombre y la mujer son sicológicas y que se encuentran conexas a través de diferencias de naturaleza fisiológica.

Escuela del feminismo integrador. Esta escuela propone una forma estrictamente limitada para que el Derecho tenga en cuenta las diferencias de sexo, restringiéndolo exclusivamente a dos aspectos únicos de la naturaleza de la mujer: el embarazo y la lactancia. De esta manera, el Derecho no suprimiría las diferencias entre los sexos ni tampoco las haría extensivas a otras áreas relacionadas con asuntos institucionales, políticos y legales.

La Escuela del feminismo relacional. Esta Escuela se centra en la diferencia entre hombres y mujeres y celebra la existencia de tal diferencia. Las experiencias de vida particulares del género femenino hacen que su voz, a la hora de hablar, sea completamente diferente a la de los hombres. Por ejemplo, mientras los hombres en gran parte pueden enfatizar en la competitividad, egoísmo o agresividad, la voz de la mujer se enfoca hacia la empatía, crianza y cuidado. Mientras el género masculino busca el individualismo autónomo, la mujer busca la conexión y el correlacionarse y así sucesivamente. Esta escuela busca entonces que estos méritos o aspectos positivos del género femenino sean reconocidos como aporte, como contribución especial de la mujer a la sociedad. El objetivo central es otorgar un trato igualitario a la voz moral de las mujeres en la sociedad, buscando cambios en las condiciones existentes para dar un reconocimiento a las relaciones valoradas por la mujer, como es el caso de la relación única que existe entre una madre y su hijo. Lo que reclama la Escuela de la voz diferente es que, bajo esta aproximación, no es que la categoría de ser mujer ha sido definida erróneamente, sino que simplemente ha sido ignorada.

Escuela la de la dominación o del feminismo radical. Esta escuela considera a la mujer como una clase, no como individuos humanos como en el feminismo liberal, argumentando que esta clase ha sido dominada por otra, o sea, la clase masculina. Asegura que la desigualdad social entre hombres y mujeres es el producto de una subordinación sistemática y que no está relacionada con una discriminación de orden irracional. Para esta Escuela, el género es

una cuestión de poder, por lo tanto, no le basta con la simple creación de categorías jurídicas para adecuarse a la realidad vigente por lo que opta por criticar esa realidad. Considera que lo que se requiere es una reconstrucción de la equidad sexual basada en la diferencia entre los hombres y las mujeres, y no acomodarse simplemente a esa diferencia. Debido a que esta escuela considera que la clase femenina, que ha sido socialmente construida por la masculina, es ostensiblemente diferente, rechaza de plano cualquier argumento liberal sobre el concepto de igualdad. De esta manera, demanda cambios en el Derecho que erradiquen la desigualdad del poder, pero desde la óptica de la dominación y de la subordinación sexual, más no desde la perspectiva de la igualdad.

Escuela del feminismo postmoderno. Basados en la epistemología de Willard Van Orman Quine, el feminismo postmoderno no tiene ningún problema en someterse a la proposición de que las categorías de género son construcciones sociales del sexo masculino con necesidad de una reconstrucción feminista. El feminismo posmoderno argumenta que no existen conceptos o nociones propiamente femeninas o propiamente masculinas, y propugna una teoría de igualdad única tanto para el género femenino como masculino. Asimismo, asevera que la categoría de mujer es una identidad que no es posible determinar, por lo que se enfoca en las realidades situadas de las mujeres, haciendo énfasis en que se requieren soluciones prácticas para resolver situaciones concretas. Por último, esta última aproximación a la cuestión de género cree firmemente en las ventajas de evadir el

esencialismo, ya que rechaza que cualquier categoría sea siempre determinante, incluyendo la de sexo o género.

3.2. La Teoría Crítica de la Raza (*Critical Race Theory*)

La *Teoría Crítica de la Raza*, también conocida por las siglas CRT (*Critical Race Theory*), puede ser considerada como un vástago, una consecuencia de los *Critical Legal Studies* como movimiento del corte izquierdista que desafiaba a la doctrina jurídica tradicional. La *Teoría Crítica de la Raza* se desarrolló, en parte, como una respuesta a las deficiencias de los *Critical Legal Studies* en este ámbito particular.

La *Teoría Crítica de la Raza* –en lo sucesivo, CRT– se crea inicialmente con el fin de incrementar el *status humano* de aquellos colectivos humanos de color en la sociedad americana. En este contexto, la teoría se encarga de analizar la relación del Derecho y la subordinación racial en los Estados Unidos. La esencia de este nuevo movimiento asociado a la Teoría Crítica de la Raza es descrita adecuadamente por Walker al manifestar que esta teoría “*sugiere que la estructura social americana está caracterizada por inmutables relaciones sociales basadas en la raza. El racismo forma el cuerpo del inconsciente colectivo; y la ley, en vez de ser determinada, racional, y llena de principios, representa tan sólo una expresión de la posición superordinada de los blancos*”. (Walker 2003)

La CRT puede considerarse como un cuerpo o grupo de expertos involucrados en un activismo radical que buscaban explorar y desafiar la prevalencia de la inequidad racial en la

sociedad. Los teóricos detrás de la teoría crítica de la raza aúnan esfuerzos para exponer la forma en que la desigualdad racial es conservada a través del funcionamiento de estructuras y supuestos que aparentan ser normales y corrientes. Esta teoría se basa, por tanto, en el supuesto de que la raza y el racismo son un producto del pensamiento social y de las propias relaciones de poder.

El movimiento de la CRT nace en Estados Unidos a finales de los años setenta en respuesta a una percepción extendida de que la poderosa coalición de derechos civiles de los años sesenta y principios de los setenta se había estancado. La *Teoría Crítica de la Raza* se centra principalmente en este último período –o sea, en el período contemporáneo de los derechos civiles en los Estados Unidos de América- esbozando un marco de debate en torno a la cuestión de la “conciencia racial”.

En el escenario de discusión acerca de la justicia racial de los años sesenta y setenta, el público americano se mostraba cada vez más cansado de los discursos programáticos acerca de raza y requería, por tanto, de nuevas teorías y movimientos que vigorizaran y renovaran dicho debate. Así las cosas, el primer taller de la *Teoría Crítica de la Raza* tuvo lugar en la Universidad de Wisconsin en el año de 1989.

Según el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pace en Nueva York, Surya Prakash Sinha –a quien ya hemos citado previamente en esta obra- podemos distinguir varios hitos en la historia moderna y contemporánea de los Estados Unidos de

América vinculados a los discursos programáticos acerca de la raza propugnados en las décadas de los sesenta y setenta:

“(1) la esclavitud de principios del siglo XVII en la América colonial sin una clara definición del status de un esclavo, (2) la actividad legislativa de finales del siglo XVII en coloniales legislaturas y los códigos de esclavos de principios del siglo XVIII que hicieron que la esclavitud no fuera solamente una condición de por vida sino también hereditaria, (3) la denegación continua de la personalidad jurídica a los negros en la Revolución Americana y en la nueva República que siguió y la promulgación de códigos de esclavos post-Revolucionarios, (4) la regulación detallada de códigos de esclavos en el siglo XIX de las relaciones entre negros y blancos en virtud de la cual una persona negra no tenía derecho a una familia, libertad de movimiento, de elegir, ni capacidad legal para demandar o testificar en un caso donde se involucrara una persona blanca, apoyado por estatutos penales complementarios para los negros, (5) la fase de los Estados Libres en la era Pre-Guerra Civil cuando los Estados Libres del norte pusieron restricciones al empleo de negros, su educación, franquicia, alojamiento, y personalidad jurídica, una situación que fue dramáticamente sostenida por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Dred Scott v. Sanford (1857), (6) los Códigos para Negros post-Guerra Civil que fueron aprobados luego de la abolición de la esclavitud para reglamentar el matrimonio, las relaciones de trabajo, movimiento, y otros de los aspectos del liberto, complementado por estados de aparcería en los estados vagabundos y convictos de arrendamiento, (7) la

codificación sistemática de segregación racial de la sociedad mantenida en la doctrina separada pero igual de la Corte Suprema en Plessy vs. Ferguson (1896), ayudada por los consejos legales de impuestos de capacitación, prueba de alfabetización y la Cláusula del Abuelo en las constituciones de los estados del sur limitando el derecho a votar, todas diseñadas para conservar el poder político lejos de los negros, y (8) la fase de cambio que comenzó con la decisión de la Corte Suprema de apoyar la desegregación en Brown vs. la Junta de Educación (1954) y el posterior advenimiento de la legislación de los derechos civiles". (Prakash Sinha 1993, 341-342)

La integración racial pasa a convertirse –desde la década de los ochenta- en una parte esencial de la retórica cultural dominante. Integración y nacionalismo de los negros emergen como ideologías opuestas, respectivamente. De esta manera, la conciencia de raza se convierte en algo arbitrario e ignorante, mientras la integración se transforma en algo razonable y erudito. Como advierte el profesor Prakash Sinha, esta aproximación apuntada por los proponentes de la Teoría Crítica de la Raza es equivocada. *"Reducir las disparidades entre blancos y negros a conceptos no raciales de pobreza y clase, solamente ignora la raza y falla en presentar una definición satisfactoria de justicia racial en términos de relaciones de comunidades distintas". (Prakash Sinha 1993, 344)*

Los estudios y monografías de los abanderados de la *Teoría Crítica de la Raza* encuentran una fuerte conexión conceptual con los *Critical Legal Studies*. Ambos movimientos comparten una

misma percepción de las críticas que resultan efectivas para la ideología legal de exclusión racial. Sin embargo, ambos movimientos difieren en la percepción de la metodología aplicable al análisis de dicha ideología de exclusión racial; para los proponentes de la *Teoría Crítica de la Raza*, los *Critical Legal Studies* se han convertido en algo abstracto y meramente teórico, apartándose casi que completamente de la experiencia en el mundo real⁵⁴.

Tradicionalmente, la *CRT* se ha sustentado en una serie de postulados críticos esenciales que podemos condensar en cuatro a saber: (i) *el postulado de la integración racial*; (ii) *la doctrina antidiscriminatoria*; (iii) *el postulado analógico entre racismo y*

⁵⁴ En este sentido, uno de los autores más relevantes de la teoría crítica de la raza, Harlon Dalton, discute que los *crits* se han involucrado en conductas excluyentes en relación con la minoría de escolares. Dalton afirma que cualquier asociación entre escolares blancos y de color debe atender los antecedentes culturales que cada uno trae al discurso o diálogo (H. Dalton 1996)

Anthony Cook, otro de los representantes más ilustres de la teoría crítica de la raza, ha criticado el trabajo de los CLS por no ir más allá de la crítica a la reconstrucción. Cook considera que la crítica al liberalismo de los Critical Legal Studies es acertada pero incompleta ya que no se basa en la experiencia de las personas que tienen que luchar día a día contra la opresión. Añade que los trabajos reconstructivos requieren más que el simple análisis, necesitan la experiencia como base para poderse comprometer con el mundo que los rodea (Cook 1990).

Otra de las autoras destacadas que, en su afán de encontrar puntos en común entre la teoría crítica de la raza y los CLS, termina señalando las falencias de éstos últimos es Mari J. Matsuda. La autora advierte que los CLS han desarrollado críticas efectivas de ideología legal dominante, sin embargo, se han convertido en algo abstracto y meramente teórico, apartándose casi que completamente de la experiencia en el mundo real. Pese a esto, Matsuda afirma que los CLS juegan un rol muy importante en el trabajo reconstructivo de los escolares de color (Matsuda 1987).

sexismo y, por último, (iv) la conciencia múltiple que rechaza la fundación de valores absolutos por considerarlos contingentes.

Respecto al primer postulado, el relacionado con *la integración racial*, la *Teoría Crítica de la Raza* elabora un argumento en el que la conciencia de raza se convierte en un elemento liberador y no represivo. La conciencia racial toma un significado represivo como producto de la creación de la integración y el nacionalismo negro como las dos ópticas contrastantes de la justicia racial en los Estados Unidos durante los años sesenta y setenta. Durante su desarrollo, la integración racial no se ha cristalizado en una crítica profunda de la estructura social, en su lugar, se ha transformado en una parte de la argumentación cultural imperante. Esta argumentación o retórica simpatiza con el lenguaje utilizado por las ideas liberales americanas de la Ilustración y se enfoca en las características globales que comparten tanto negros como blancos, por lo que la supremacía blanca se convierte en algo falso, mientras la alternativa del nacionalismo negro se convierte en un perfecto equivalente a la supremacía blanca. En este escenario, la integración racial y el nacionalismo negro se consolidan como ideologías opuestas, siendo esta última marginada como una ideología extrema. De esta manera, la conciencia racial adquiere un tinte despótico, arbitrario y no iluminado, mientras la integración se convierte en todo lo contrario, o sea, en algo legal, justo e iluminado.

Por lo que respecta al segundo postulado, el de la *doctrina antidiscriminatoria*, la *CRT* critica abiertamente lo que es llamado el “marco de un solo eje” de la legislación anti-discriminación, en la

que se da, ya sea discriminación de género o discriminación de raza, pero nunca las dos conjuntamente. Este mencionado “marco referencial” dio como resultado el rechazo al derecho de las mujeres negras de reclamar por temas de discriminación, ya que formaban parte de un “sub-grupo” diferente, tanto al de los hombres negros como al de las mujeres blancas. Este fenómeno produjo el rechazo a que las mujeres negras, en casos de discriminación de sexo, tuviesen el derecho a representar una clase o género que incluyese también a las mujeres blancas, o sea, el sexo femenino. Asimismo, la mujer negra fue vedada en su reclamación por discriminación a la hora de ejercer su derecho a representar una clase que es la de los hombres negros. Esta visión limita el alcance de lo que es considerado discriminación y margina a aquellas mujeres cuyas experiencias no se pueden clasificar en ninguno de los “marcos referenciales” mencionados. Esta perspectiva ha sido vista tradicionalmente como una creación surgida desde la óptica del hombre blanco y, por ende, comúnmente conexa o congruente con una discriminación de género en contra de la mujer blanca y una discriminación racial como un mal en contra del hombre negro. Por lo tanto, desde la perspectiva mencionada, la protección a los derechos de la mujer negra solo se podría garantizar en tanto sus experiencias se ajusten al interior de cualquiera de las categorías aludidas con antelación.

En relación con el tercer postulado, la práctica de la analogía de racismo con sexismo es criticada ya que se considera que contribuye a la perpetuación de la discriminación racial al ocultar el papel exclusivo de la raza como un instrumento de dominación en la

sociedad. La práctica de asociacionismo de grupos socialmente subordinados tiende a representar el problema de la opresión como un problema uniforme y se encarga de ocultar, por consiguiente, las complejidades particulares del racismo. Por otro lado, dicha práctica asociativa también tiende a desviar la atención de las personas de raza negra hacia los problemas de los de raza blanca hasta llegar a promover un falso debate entre los blancos que, del mismo modo que deben entender la opresión del sexo femenino, también deben hacer lo propio con la opresión racial. Todo esto da como resultado el aumento excesivo del énfasis o la atención prestada a las analogías entre racismo y sexismo, minimizando de esta manera sus verdaderos contrastes o incompatibilidades.

Por último, en relación al cuarto postulado acerca de la “conciencia múltiple”, he de señalar que dicha concepción rechaza la fundación de valores absolutos (como el de humanidad, naturaleza o razón) por considerarlos contingentes. Este tema tiende a desplazarse hacia una dirección que permita corregir las injusticias raciales en la sociedad sin concentrarse en una norma única universal o en una visión individual de lo que es considerado como bueno o justo.

3.3. LatCrit: Los herederos "latinos" del movimiento de los Critical Legal Studies

A principios de la década de los años ochenta, el presidente Ronald Reagan dio inicio a un ataque sostenido en contra del sistema de derechos civiles del gobierno, desplegando una embestida hacia las políticas públicas de bienestar social y de acción

afirmativa (AAP) o discriminación positiva, abrazando los bríos de líderes racistas blancos del, en aquel entonces, *apartheid* de Suráfrica, incluso declarando la guerra a una pequeña nación caribeña de raza negra. Estas iniciativas fueron el blanco perfecto de organizaciones de derecha desde mediados hasta finales de la mencionada década.

Por otro lado, la desindustrialización de la economía estadounidense iba viento en popa, permitiendo que los buenos trabajos de las personas pertenecientes a la clase obrera empezaran a extinguirse bajo la amenaza de la llegada de las nuevas tecnologías.

En materia judicial, la época del juez Earl Warren constituía no más que un recuerdo o precedente de la Corte Suprema de Justicia, mientras la sociedad Federal se había hecho con el poder, reestructurando completamente la fisonomía de la justicia federal en los Estados Unidos de América.

De forma paralela a los anteriores acontecimientos, una movilidad en pro de programas de acción afirmativa, se empezaron a promover activamente, con la participación de personas de diverso origen racial, en los diversos centros de educación superior de los Estados Unidos:

“En el mismo momento, programas de acción afirmativa ya existentes en institutos y universidades estaban permitiendo que la gente de color en un número sin precedentes se graduara de facultades de derecho de prestigio. En algunas facultades,

*suficientes estudiantes habían sido admitidos para formar una masa crítica, y algunos de estos estudiantes comenzaron a reunirse en torno a un puñado de profesores de derecho de color que estaban hablando acerca de la raza en formas que iban más allá del discurso liberal habitual: Derrick Bell en la Facultad de Derecho de Harvard, luego en la Universidad de Oregon y luego en la Facultad de Derecho de Harvard de nuevo; Michael Olivas en la Universidad de Houston; Richard Delgado en varias instituciones. Estos académicos estaban empezando a montar una crítica al discurso de los derechos civiles y de la academia de los derechos civiles en sí en un esfuerzo por comprender los límites de la revolución de los derechos civiles de los 60. Así, por ejemplo, Richard Delgado publicó una polémica llamada *The Imperial Scholar* que acusó el establecimiento académico de los derechos civiles de blancos liberales de formar una sociedad de admiración mutua que bloqueó las voces de la gente de color. Derrick Bell publicó la recopilación de casos pionera *Race, Racism, and American Law*, que se enfocó críticamente en la relación entre el Derecho y la subordinación racial". (Beta, Ángela y Francisco 2006, 178)*

Estos estudiantes de las diversas escuelas de Derecho empezaron a crear coaliciones con algunos de los miembros del movimiento de los *Critical Legal Studies*. Uno de los productos más importantes de esta alianza fue el simposio llamado *Minority Critiques of CLS*, publicado en la revista *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. Algunos de los autores que participaron en esta convención serían los pioneros de la *Teoría Crítica de la Raza*,

quienes generalmente eran simpatizantes o se identificaban con la crítica al razonamiento legal de los *CLS*, como vimos oportunamente en su respectivo apartado.

Si bien ya me he ocupado con suficiente profundidad del tema de la *Teoría Crítica de la Raza*, resulta relevante, -a la hora de comprender la génesis del movimiento LatCrit⁵⁵-, hacer un breve recuento introductorio del movimiento racial. Así las cosas, el primer taller de los simpatizantes del movimiento de la *Teoría Crítica de la Raza*⁵⁶ que tuvo lugar en la ciudad de Madison (Wisconsin) en 1989 contó con la participación de un grupo multirracial que incluía autores de la talla de Richard Delgado, Mari J. Matsuda, Angela P. Harris, Harlon Dalton, Kimberlé Greenshaw, entre otros. Como punto de partida, la Teoría Crítica de la Raza, tomó un par de elementos esenciales de los *Critical Legal Studies* y añadió, como es apenas natural, aportaciones originales a su teoría:

⁵⁵ LatCrit es una abreviación del nombre completo en inglés "Latina and Latino Critical Legal Theory", que en castellano traduciría "Teoría Crítica del Derecho Latina y Latino", que busca hacer énfasis en que la crítica se ejerce desde y para ambos géneros. No obstante, generalmente se hace referencia al movimiento en castellano bajo el nombre de "Teoría Crítica Latina".

⁵⁶ "La Teoría Crítica de la Raza (CRT) se alejó de los CLS para construir un cuerpo académico basado en la raza como una característica central de la permanente desigualdad en el sistema jurídico de los Estados Unidos. Siguiendo el modelo de los CLS, desde fines de los años ochenta hasta mediados de la década de 1990, los académicos de la CRT organizaron pequeños talleres de sólo invitación, donde los trabajos en curso fueron examinados y criticados. Incluso en las piezas de la CRT en que abiertamente utilizaban técnicas novedosas (para la academia jurídica), como la forma narrativa (por ejemplo, la parábola, la autobiografía), experimentos del pensamiento y análisis del discurso, se reconocía explícitamente que tales obras se enfrentaban adversariamente con convenciones académicas y jurisprudenciales con el fin de hacer notar que estas convenciones eran implícitamente sobre género y raza".(Aoki y Johnson 2008, 1186)

"CRT tomó de los CLS su escepticismo hacia la doctrina legal y la teoría jurídica, y su convicción de que el Derecho y la política no están separados, al igual que una simpatía hacia la teoría post-estructuralista. Sin embargo, CRT añadió un sentido de urgencia política y un deseo para la acción colectiva y autodeterminación que habían sido débiles o que faltaban dentro de los CLS. Donde los crits habían atacado la "jerarquía" en general y esperaban una transformación de las relaciones humanas de mistificadas y aisladas a auténticas y comunitarias, los crits de la raza se identificaron con la lucha de la gente de color del Tercer Mundo y buscaron una transformación política y legal en el aquí y ahora. El deseo de una acción significativa e inmediata, por supuesto, estaba en tensión directa tanto con el ambiente político nacional reaccionario y con la formación profesional de los abogados, creando una tensión entre "reforma" y "revolución" descrita por Kimberlé Crenshaw en un innovador artículo que se convirtió en texto central de la teoría crítica de la raza". (Beta, Ángela y Francisco 2006, 178, 179)

Estos dos elementos, que han resultado esenciales para la fundación (historia), y consiguiente fundamentación de la teoría de los *LatCrit*, se encauzan y hacen también parte de la teoría del movimiento de los *Critical Legal Studies*. Estos dos elementos son: 1) la metodología o técnica de la deconstrucción (post-estructuralismo) y 2) la crítica a los derechos liberales. En relación a este segundo elemento, resulta más que oportuno citar la alusión que, de forma acertada, Elizabeth M. Iglesias realiza en relación al particular:

“Quiero enfocarme específicamente en dos elementos claves de la escolaridad de los CLS que son particularmente relevantes para entender la teoría de los LatCrit y sus orígenes históricos. El primero es la práctica de los CLS de aplicar técnicas deconstructivas al análisis crítico del razonamiento y doctrina jurídica; el segundo es la crítica de los CLS a la conciencia de los derechos liberales. Estos dos elementos son, por razones tanto sustantivas como históricas, de particular relevancia en la comprensión de la genealogía y de las trayectorias futuras de la teoría de los LatCrit. En un nivel sustantivo, esto se debe a que muchos académicos de los LatCrit articulan hoy sus intervenciones críticas en términos que reflejan la influencia de las metodologías deconstructivas de los CLS. A un nivel histórico, estos dos elementos también desempeñaron un papel central en las rupturas y disyunciones que dieron impulso inmediato y forma inicial a la emergencia de la Teoría Crítica de la Raza”. (Elizabeth M. 2001, 10)

De este modo, la *Teoría Crítica Latina*, o simplemente –mejor conocida como “*LatCrit*”- nace de esta serie de talleres y debates realizados en múltiples oportunidades por los miembros de la Teoría Crítica de la Raza que tuvieron lugar a finales de la década de los ochenta y principios de los años noventa. La primera reunión de donde surgió lo que posteriormente se denominaría *LatCrit* fue llevada a cabo en San Juan de Puerto Rico como parte de una reunión de la Asociación de Profesores de Derecho del Colegio Nacional de Abogados Hispanos en el año de 1995.

Desde ese preciso momento, *LatCrit* fue creciendo desde la celebración de una sucesión de reuniones anuales hasta el ambicioso proyecto recopilatorio de los proyectos e iniciativas de sus miembros que han contado con presencia local y global.

La definición que presentan Bernal y Solórzano sobre los *LatCrit* resultada no sólo sintetizada sino acertada al identificarla como una rama teórica que deviene desde la *Teoría Crítica de la Raza* (y esta a su vez desde los *Critical Legal Studies*) y que tiene por fin analizar realidades de la experiencia latina:

“Una rama teórica que se extiende desde la Teoría Crítica de la Raza (CRT) es la Teoría Crítica Latina (LatCrit), que examina experiencias únicas de la comunidad Latina como el estado de la inmigración, idioma, origen étnico y cultura”. (Delgado Bernal y Solórzano 2001, 308 - 342)

No obstante, considero que para complementar la anterior definición de lo que ha representado la *Teoría Crítica Latina*, resulta pertinente incluir lo relacionado con sus investigaciones en materia educativa que precisamente heredaron la Teoría Crítica de la Raza y éstos de los *CLS*:

“LatCrit es una extensión de los esfuerzos de CRT en la investigación educativa. LatCrit puede usarse para revelar las formas en que las latinas / os experimentan la raza, clase, género y sexualidad, al mismo tiempo que reconocen la experiencia Latina en asuntos de estatus migratorio, idioma, etnia y cultura”. (Pérez Huber 2010, 79)

Así las cosas, podemos afirmar que la teoría de los *LatCrit* nace de la *Teoría Crítica de la Raza* (CRT) en el sentido de que las cuestiones o interrogantes latinoamericanos confluyen en puntos similares a los que las personas enfrentan en ambos movimientos – por ejemplo, preocupaciones que van desde asuntos de inmigración y etnia hasta la investigación en educación-.

Sin embargo, el movimiento *LatCrit* se ha basado en marcos teóricos y recursos conceptuales desarrollados a través de múltiples disciplinas, buscando ensamblar un análisis crítico que expone y trata de transformar las formas en que el Derecho institucionaliza las relaciones de dominación y subordinación en torno a categorías esencialistas como el género, clase, raza, orientación sexual, origen y status inmigratorio.

De forma creciente, el proyecto viene haciendo un llamado a formar parte de una nueva clase de teoría de coalición, una que trascienda las limitaciones de categorías heredadas de identidad esencialista y cimiente el logro de una justicia sustantiva en una visión anti-esencialista de la interconexión humana, sin ningún tipo de límites.

Lo anterior se debe en parte a que el movimiento *LatCrit* ha desvelado de forma efectiva cómo los latinos marginados, tanto en el ordenamiento jurídico de Estados Unidos como en otros se encuentra directamente vinculado a la distribución de categorías esencialistas de identidad, en la articulación tanto de políticas públicas como en la comprensión cultural.

De hecho, el influjo del esencialismo también se encuentra reflejado en que el Derecho Internacional, redes de solidaridad e identidades transnacionales, al igual que el movimiento de derechos humanos han sido no solo marginales, sino también, completamente ausentes en las agendas políticas perseguidas por movimientos sociales en los Estados Unidos, incluyendo varios movimientos como el de los derechos de la mujer y el de los derechos laborales, entre otros.

Como contraposición a esto, el movimiento o "proyecto" *LatCrit* ha emergido como un esfuerzo colectivo que busca ahondar en las teorías jurídicas críticas americanas y en temas de gran importancia señalados por la crítica anti-subordinación enfocándose en la realidad particular a través de la confrontación entre las diversas comunidades latinas.

Haciendo una recolección de las anteriores ópticas en torno a los fines que persigue el movimiento de la *Teoría Crítica Latina*, tenemos que sus aproximaciones pueden compendiarse en cuatro conceptos específicos a saber que configuran su trasfondo como corriente crítica, estos cuatro elementos son: oposición, justicia, estructuralismo y particularidad.

Por otro lado, resulta vital afirmar que los *LatCrit* también auscultan en el compromiso histórico latino en constante oposición y se encomiendan a la búsqueda de la justicia como una tradición inevitable que ha sido impuesta o heredada con el ánimo de entender y tratar de dar un giro al sistema socio-legal de los Estados

Unidos que ofrece un entorno que inhabilita, en gran medida, el desarrollo social latinoamericano a través del nuevo nativismo y el racismo, entre algunas de las posturas más importantes que abordan. Así, la crítica social estructural que emana de los *LatCrit* indaga cómo los intereses a largo plazo y a gran escala han ido esculpiendo la fisonomía de la cultura latina en general.

Ahora bien, la prioridad que la *Teoría Crítica Latina* otorga a la particularidad o el perspectivismo sobre el universalismo resulta útil para el desarrollo social porque resalta experiencias individuales y de grupo que a menudo son enmascaradas por nociones universales que no son objetivas y que convierten a las comunidades latinas en monolitos (Carrasco 1996/1997, 313-336)

Sintetizando el aspecto funcional del movimiento, de acuerdo al teórico crítico latino Francisco Valdés, tenemos que las cuatro funciones del movimiento de los *LatCrit* son: *i)* promover la producción del conocimiento, *ii)* un avance práctico de la transformación que conduce a la praxis, *iii)* una expansión y conexión de las luchas para que la elevación de la condición latina en los Estados Unidos también eleve la condición Latina en todas partes y, finalmente, *iv)* el cultivo de comunidades y coaliciones de académicos y activistas para que puedan compartir y colaborar. Estas funciones requieren la resistencia *LatCrit* de los supuestos esencialistas (Valdés 1997, 1087-1142)

Retornando a la influencia de los *Critical Legal Studies* sobre el pensamiento de los *LatCrit*, es preciso destacar dos características

esenciales que se han erigido como influencias determinantes en el movimiento latino. La primera es la aplicación de la técnica de la deconstrucción⁵⁷ a su razonamiento jurídico, mientras la segunda es su conciencia en cuanto al ejercicio de la crítica a la concepción liberal de los derechos⁵⁸ o a la doctrina liberal en general⁵⁹. De hecho, las perspectivas, las metodologías y las formulaciones críticas de los *CLS* son fácilmente evidentes hoy en día en el trabajo de varios académicos LatCrit (Iglesias y Valdés 1998, 12)

Estas dos características resultan ser de gran relevancia a la hora de entender correctamente la genealogía y proyecto de los *LatCrit*. Categóricamente hablando, se debe a que muchos de los académicos del movimiento crítico latino dejan ver la influencia del método de análisis de la deconstrucción en sus posiciones críticas.

⁵⁷ Como vimos en su respectivo acápite, la importancia de la deconstrucción en el discurso de los CLS fue de tal magnitud que llegó a ser la metodología sobre la cual giró la tercera fase del movimiento (1985-1991) y, hasta el día de hoy continúa siendo una de las herramientas esenciales de los crits a la hora de revelar las contradicciones e incoherencias al interior del derecho: "(...) los CLS deliberadamente importaron metodologías deconstructivas en la producción de estudios jurídicos para revelar la incoherencia, la arbitrariedad y los sesgos profundamente arraigados de la interpretación judicial - como se refleja en la indeterminación de las doctrinas legales americanas y en la estructura de derechos y obligaciones que estas doctrinas tienden a institucionalizar" (Elizabeth M. 2001, 11)

⁵⁸ Elizabeth M. Iglesias hace referencia a las metodologías y perspectivas empleadas en el trabajo de varios de los LatCrits, resaltando la influencia de ambas características de los CLS en su trabajo: "El conocimiento académico de los LatCrits refleja la influencia de las metodologías deconstructivas y la crítica a la indeterminación legal de los CLS y la conciencia de los derechos liberales y aplica estas ideas a controversias legales sustantivas de particular relevancia para el proyecto LatCrit"

⁵⁹ Véase "North American Free Trade Agreement's Chapter Eleven" (Alvárez 1997)

Sin embargo, histórica y coyunturalmente hablando, estas dos características fueron finalmente determinantes para que se diera el divorcio, la ruptura con el movimiento de la *Teoría Crítica de la Raza*.

Un recuento de la génesis de la *Teoría Crítica de la Raza* como reacción en contra de los *CLS* –al que ya me referí párrafos atrás– resulta particularmente importante a la hora de encontrar la genealogía del movimiento *LatCrit* y de entender los desafíos que debe encarar en su intersección con los juristas españoles, como veremos más adelante. Pese a esto, no se puede ocultar la fuerte influencia de los *Critical Legal Studies* en el trabajo actual, metodología, perspectivas y análisis de varios de los miembros más destacados del proyecto crítico que latino que hemos mencionado en este apartado.

Asimismo, abordar muchos de los temas que preocupan a los *LatCrit* desde su óptica es algo que debe hacerse con especial cuidado debido a lo influyente que han resultado varias teorías o proposiciones de los *CLS*, principalmente la relacionada con el rol del Derecho en el proceso de transformación social, influencia que se ve reflejada tanto en el interés de los *LatCrit* en desafiar la manera en que las identidades transnacionales están oprimidas por la estructura del sistema legal estadounidense, al igual que en la realidad de subordinación que se vive en países del tercer mundo, que es el lugar donde nacen estas identidades.

En la actualidad, tenemos que la *Teoría Crítica Latina* ha evolucionado más como un proyecto político que racial (Guinier 2003) y, pese a que sus orígenes guardan una estrecha relación con la *Teoría Crítica de la Raza*, su aproximación es más inclusiva, por cuanto su fin resulta siendo la construcción de alianzas de diversas razas como forma adecuada de buscar el cambio social⁶⁰.

A pesar de la relativa longevidad del movimiento, ha afrontado algunos problemas, principalmente relacionados con la producción intelectual de sus miembros. Su afán por publicar todos los trabajos sobre la materia en el simposio anual, ha producido que el material recaudado sea de otra naturaleza académica diferente a la buscada desde los albores de *LatCrit* (Aoki y Johnson 2008, 1159)⁶¹.

No obstante lo anterior, considero que esta pluralidad o multidisciplinariedad, no debería afectar en gran forma una corriente como la de la *Teoría Crítica Latina*, principalmente porque el movimiento en el cual encuentran su génesis, los *Critical Legal Studies*⁶², ha ejercido su crítica desde una amplia variedad de

⁶⁰ Así lo han promovido destacados autores del movimiento como Elizabeth M. Iglesias y Francisco Valdes, quienes consideran que la inclusividad de la Teoría Crítica de la Raza es absolutamente consistente con el compromiso del movimiento de crear coaliciones de naturaleza multirracial como un mecanismo necesario para lograr el cambio social (Iglesias y Valdés 1998)

⁶¹ Pese a esto, Aoki y Johnson consideran que el movimiento ha sido relativamente exitoso en su propósito de establecer una comunidad y en la construcción de una institución (Aoki y Johnson 2008, 35)

⁶² Recordemos que la Teoría Crítica de la Raza fue parte de los Critical Legal Studies y luego se bifurcó o separó pese a ser ampliamente aceptada. Esto se debió principalmente a que los miembros del movimiento querían que la raza fuese el eje central de su trabajo, tanto desde la óptica crítica como académica.

disciplinas como la sociología, filosofía, economía, antropología, y acerca de diversos tópicos, desde la educación o enseñanza del Derecho⁶³ hasta la relación del derecho con la economía⁶⁴. Por lo tanto, resulta poco comprensible que miembros relevantes del movimiento⁶⁵ consideren que esa “multidisciplinariedad” en la aproximación de los trabajos, represente en cierta manera una pérdida del enfoque y la calidad del proyecto académico emprendido por parte de *LatCrit*.

Al cabo de los primeros diez años de existencia del movimiento de la *Teoría Crítica Latina*, Berta Hernandez-Truyol⁶⁶, Angela Harris⁶⁷ y Francisco Valdés⁶⁸, miembros activos de la corriente y profesores de diferentes facultades de derecho en los Estados Unidos, ven la teoría de esta corriente, de la comunidad y de

⁶³ Véanse obras como la de Karl Klare “The Law School Curriculum in the 1980's: What's Left?” (Klare 1982) o las muy destacadas de Duncan Kennedy como “La enseñanza del derecho como acción política” (D. Kennedy, La enseñanza del derecho como forma de acción política 2012) y (D. Kennedy, La educación legal como preparación para la jerarquía 2004)

⁶⁴ Como referencia, véanse “law-and-economics from the perspective of critical legal studies” (D. Kennedy, Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies 1998), “The Law and Economics and Critical Legal Studies Movements in American Law” (Minda, The Law and Economics and Critical Legal Studies Movements in American Law 1989)

⁶⁵ Esta ha sido parte de la crítica al movimiento proferida por Aoki y Johnson en su evaluación con motivo del décimo aniversario del movimiento (Aoki y Johnson 2008, 1159)

⁶⁶ Profesora de la Universidad de la Florida

⁶⁷ Profesora de la Universidad de California en Berkeley - Escuela de Derecho

⁶⁸ Profesor de la Universidad de Miami - Escuela de Derecho

la praxis, como un esfuerzo, tanto para interponer los "Latinas / os" en el desarrollo continuo de enfoques críticos del derecho y la política, como para expandir y avanzar el creciente campo de la jurisprudencia crítica extranjera iniciada en años anteriores por sus predecesores (Hernandez-Truyol, Harris y Valdés 2006, 170). El recuento de su experiencia al interior de los *LatCrit* les deja la interacción con diversos académicos y activistas, que ha logrado crear una comunidad llena de proyectos ambiciosos que prometen brindar verdaderos aportes, no sólo al conocimiento legal y jurídico, sino también a la educación y la academia.

Aparte de continuar profundizando en factores de índole económico y de clase bajo su propia identidad, la *Teoría Crítica Latina* se ha puesto un gran reto al frente, y no es otro que el de "*elucidar la interconexión de diversas formas de identidad enraizadas en sistemas materiales y culturales de dominación y subordinación para promover la justicia social en términos multidimensionales*". (Beta, Ángela y Francisco 2006, 216)

La cultura jurídica española tampoco ha escapado a la experiencia académica y teórica del movimiento *LatCrit*. A mediados de 1999, intelectuales del movimiento americano, provenientes de diversas facultades de Derecho de Universidades estadounidenses y de la Universidad de Málaga en España, se reunieron para lo que fue el primer coloquio celebrado con el fin de analizar temas de interés común entre la teoría jurídica *LatCrit* y las instituciones y cultura de la historia jurídica española.

Este encuentro de académicos tenía por fin realizar un intercambio en torno a dos objetivos centrales. El primero era introducir a los académicos legales españoles a las perspectivas teóricas en evolución, a los compromisos normativos, a las aspiraciones políticas y, en general, a las metodologías de la teoría jurídica del movimiento *LatCrit* que hasta ese momento se había articulado en la academia jurídica americana.

El segundo objetivo del coloquio, fue el de ampliar el alcance y la profundidad del discurso del movimiento a través de un intercambio sustantivo con los intelectuales españoles, quienes eran poseedores de una posición privilegiada a la hora de explicar el papel del Derecho en la sociedad española y de proporcionar sus puntos de vista sobre la manera en que la teoría de los *LatCrits* se ocupa de una amplia gama de cuestiones surgidas a partir del impacto de la historia española. Asimismo, la socialización de sus perspectivas acerca de los proyectos actuales relacionados con la compleja configuración de la identidad y realidad del mundo latino, tanto dentro de los Estados Unidos como en América Latina, se convirtió en otro de los puntos dilucidados por los académicos españoles.

La historia de España y su realidad de hoy son temas que despiertan el interés de muchos académicos de los *LatCrit*. Es preciso hacer énfasis que el término "*LatCrit*", hace referencia al movimiento iniciado en 1995 con el objeto expreso de luchar contra la relativa invisibilidad de los Latinos y Latinas en la teoría jurídica crítica. El término "Lat" es un reflejo de un compromiso de análisis

de la ley las instituciones jurídicas de una forma que aborde de forma seria la historia y realidad de los Latinos y Latinas, tanto de los que se encuentran en los Estados Unidos como fuera de sus fronteras. En cuanto al término "Crit", este refleja un compromiso igualmente centrado en ejecutar su crítica basado en la solidaridad y trabajo en conjunción con varias redes pre-existentes de académicos, intelectuales y activistas que buscan promover el cambio social de forma progresiva a través del análisis crítico del Derecho y del discurso jurídico.

Finalmente, es importante resaltar que, en la actualidad, la comunidad LatCrit opera como corporación o entidad sin ánimo de lucro en los Estados Unidos bajo el nombre de LatCrit, Inc., contando además con su propia web⁶⁹ dedicada a promover publicaciones, conferencias y simposios, además de proveer recursos para la enseñanza y comprensión de los fines perseguidos y el estado actual del movimiento.

3.4. El Comunitarismo y su crítica al Estado liberal de Derecho

"Comunitarismo: Dícese de los estudios sobre la justicia, la moral y la organización social, que enfatizan la importancia que tiene la comunidad para la identidad personal, la realización de los

⁶⁹ Véase www.latcrit.org (LAT CRIT: Latina & Latina Critical Theory, INC)

individuos y el bien social. Los comunitaristas a menudo fijan su posición en contraste con lo que caracterizan como perspectivas demasiado individualistas sobre las personas, la ética y la justicia. El comunitarismo también tiende a enfatizar el valor (tanto para los individuos como para la sociedad) de la participación activa en la vida cívica y política". (Bix 2009, 46)

Los *Critical Legal Studies* conforman una crítica conjunta con el *Comunitarismo* en torno a la praxis y teoría de los derechos humanos y, más concretamente, alrededor de la validez general de los derechos humanos, considerados expresiones del individualismo y de la separación entre el hombre y la sociedad en los colectivos contemporáneos occidentales. En efecto, los *Critical Legal Studies* se han conformado en el modo primario de discurso para los comunitaristas(O'Looney 1995, 97)

Ideas aristotélicas y hegelianas han influido fuertemente en la concepción del comunitarismo, desde concepciones holísticas del hombre y la sociedad hasta la concepción de la ética basada en la virtud. No obstante, su principal punto de enfoque gira en torno y en

contra del liberalismo nihilista y del individualismo propiciado tanto en el Derecho como en la sociedad moderna.

Varios autores de los *Critical Legal Studies* retoman posiciones próximas al *comunitarismo*, el cual afirma que todos los individuos se encuentran afectados por estructuras de naturaleza política y social estables, para considerar que los individuos se encuentran estrechamente vinculados a comunidades o a grupos por sus propias circunstancias personales/familiares y a raíz de una diversidad de factores de género, raza, estrato social, educación etc. Varios miembros de los *Critical Legal Studies* consideran a este respecto que los derechos humanos son fragmentos de una norma legal de naturaleza liberal que, en la práctica, traiciona sus propios valores o ideales. En efecto, las perspectivas de ambos estudios críticos están dirigidos contra el Estado “liberal” de Derecho y dan por sentado que los derechos humanos dependen de éste.

En este contexto, los partidarios del movimiento de los *Critical Legal Studies* consideran que el Estado liberal de Derecho garantiza igualdad de derechos sólo como un enunciado escrito o como un ideal externo que no se logra materializar o hacer realidad, ya que no existe manera ni fórmula para luchar de forma efectiva contra las desigualdades sociales y las injusticias del mundo real. La crítica de los *Critical Legal Studies* al Estado liberal de Derecho se erige sobre la premisa de que éste va en contra de cualquier noción de neutralidad, objetividad y determinación.

3.4.1. La crítica al Estado liberal de Derecho

Durante la historia de los *Critical Legal Studies*, se pueden identificar varios estadios claves en su crítica al ordenamiento jurídico liberal.

El primer estadio de crítica tiene que ver con *la carencia de objetividad y neutralidad del sistema legal*, y es donde nace el rechazo pleno a las aspiraciones de integralidad del ordenamiento jurídico ya que no ofrece todos los principios necesarios para que el operador jurídico pueda resolver los casos concretos. Por el contrario, con la máscara de la racionalidad formal, el sistema legal coadyuva en el afianzamiento de la reificación y la falsa conciencia. De esta forma, las decisiones de los jueces obedecen a factores internos y emocionales que infligen las alternativas políticas imperantes, de allí que se considere que las sentencias judiciales tengan un contenido eminentemente político. El lenguaje, al lado de otras formalidades han sido usados sutilmente para beneficiar a la clase dominante en la administración de justicia y la aplicación de la norma legal en términos generales.

El siguiente estadio de crítica se encuentra relacionado con la indeterminación de la ley. Para los CLS, no existe cabida para el razonamiento judicial neutral y libre de factores externos a la hora de aplicar el Derecho, no existe autonomía ni neutralidad en las decisiones, ellas simplemente obedecen a las convicciones subjetivas (éticas, políticas, etc.) del operador jurídico. El Derecho es indeterminado, las normas no prevén decisiones definitivas en los conflictos que deba dirimir el jurista. De aquí se desprende la crítica

interna y externa de los CLS al Derecho. La interna propende por desvelar la ambigüedad e inconsistencia de la Teoría Liberal del derecho, demostrando que sus premisas son indeterminadas. En cuanto a la crítica externa, ésta halla su soporte en otros estudios como la filosofía, la historia o la lingüística. A través de lingüística y la deconstrucción, los *Critical Legal Studies* han demostrado que la propia naturaleza empleada en la elaboración de la norma jurídica hace que el Derecho sea indeterminado.

La tercera temática está relacionada con la presencia de arquetipos antropológicos opuestos en Derecho -o sea, la coexistencia antagónica de categorías como libertad y seguridad, individuo y comunidad, etc. en un mismo ordenamiento jurídico-. Diversas voces acreditadas en el movimiento de los *Critical Legal Studies* argumentan que el pensamiento liberal se edifica sobre una base de dualidades opuestas o antagónicas, como privado-público, normas-principios, voluntad-determinismo, subjetivo-objetivo, entre otras. La existencia de estas dualidades o dicotomías son otra prueba más de la incoherencia e indeterminación del Derecho. Este tipo de dimorfismos o dicotomías han sido denominados "opuestos emparejados" por muchos de los *crits*. De esta manera, los *Critical Legal Studies* advierten que el sistema legal incita a que los asociados tengan que decantarse inconscientemente por cada uno de estos dualismos para configurar un ordenamiento jurídico parcial y jerárquico, garante del estado de cosas de un determinado momento, o sea, del *statu quo*.

Las contradicciones existentes en el Derecho se evidencian en las dos premisas fundamentales del movimiento de los *Critical Legal Studies* que hemos analizado con detalle en anteriores apartados de la presente investigación: (i) por un lado, *Law is indeterminate* -esto es, que el Derecho es indeterminado- y (ii) por otro, *Law is politics* -esto es, que el Derecho es política-. El liberalismo, de acuerdo con los teóricos de los *Critical Legal Studies*, ha visto el Derecho como un objetivo, un proceso racional de toma de decisiones precisa, mientras considera que la política es un ámbito de opiniones habitualmente imprecisas e irracionales dentro del cual siempre hay intereses en tensión. Desde esta óptica, el Derecho sería solamente una ideología política elaborada, que al igual que otras ideologías de esta clase, existe con el fin de avalar o secundar los intereses de la clase dominante que lo forma. El ordenamiento jurídico respalda el statu quo, eternizando las relaciones de poder establecidas en la sociedad. Así, los *crits* pioneros ven al Derecho como un acopio de creencias y prejuicios que tiene por fin esconder, ocultar las injusticias sociales con un antifaz de legitimidad. El Derecho es entonces un instrumento de opresión utilizado por la clase en el poder para conservar y asegurar su puesto, su lugar al interior de la jerarquía.

A través de su crítica, los *Critical Legal Studies* nos revelan algunas de las más importantes disfuncionalidades y carencias del Estado liberal del Derecho, argumentando, por ejemplo, que la objetividad de los jueces no es posible ya que no puede darse de forma simultánea la coexistencia entre neutralidad política y

objetividad filosófica. Como bien lo ha aseverado Allan C. Hutchinson, uno de los teóricos críticos más destacados de la fase temprana del movimiento, "El emperador judicial, vestido y peinado con la vestimenta adecuada y legítima por la industria de la confección académica, elige y actúa para proteger y preservar el interés de propiedad del poder establecido por el hombre blanco". (A. C. Hutchinson, *Critical Legal Studies* 1989)

3.4.2. Los cuatro aspectos críticos que mitifican la concepción liberal del Estado de Derecho

Es posible diferenciar cuatro aspectos fundamentales por los que los *Critical Legal Studies* consideran que la forma en que la teoría liberal conceptualiza el Estado de Derecho es tan sólo un mito.

(i) El primer aspecto se basa en la premisa de que el Estado de Derecho no es posible en un escenario social en el que el tipo de libertad individual sancionado por la visión liberal es el que impera. Una situación de este tipo estaría caracterizada por un pluralismo de puntos de vista morales y políticos esencialmente discordantes, incompatibles. La imposición del Estado Liberal de Derecho bajo condiciones de pluralismo requeriría algún modo de razonamiento legal al interior el cual pueda distinguirse con claridad del debate y la elección moral y política. Sin esta distinción, consideran los *crits*, los jueces y otros actores públicos que detentan poder pueden imponer sus puntos de vista morales y políticas sobre los demás amparados en el derecho imperante. Estas imposiciones echarían

abajo el Estado Liberal y, por ende, la libertad que están destinadas a salvaguardar.

En consecuencia, la visión liberal requeriría que el razonamiento legal, entendido como aquel que gira en torno a los derechos a los que las personas son titulares bajo el imperio del derecho, se distinga de forma diáfana del razonamiento político o ético ya que el razonamiento legal no puede ser aquel que decida sobre cuál de las dos partes cuenta con el argumento moral o político de mayor peso en un caso determinado. De acuerdo a los CLS, este razonamiento legal se convierte en una utopía en un escenario de pluralismo moral y político ya que la diferenciación existente entre derecho y política se derrumbaría y el razonamiento jurídico se limitaría tan sólo a decidir cuál de las partes tiene el mejor argumento de orden moral o político.

Duncan Kennedy nos ilustra más detalladamente sobre este aspecto en particular cuando señala lo siguiente:

"Los profesores enseñan cosas absurdas cuando pretenden convencer a los estudiantes de que el razonamiento jurídico es algo distinto, como método para llegar a resultados correctos, del discurso político y ético en general (por ejemplo, del análisis de argumentos de conveniencia política). Es cierto que entre los abogados existe un conjunto de conocimientos específicos sobre las leyes en vigencia. Es cierto que existen entre los abogados técnicas argumentales específicas para detectar lagunas, conflictos y ambigüedades en las normas, para argumentar a favor de la extensión o restricción de la aplicación de una

decisión judicial, y para sostener argumentos de conveniencia política a favor y en contra de una solución determinada. Pero éstas son sólo técnicas argumentales. Nunca hay una "única solución jurídicamente correcta" distinta de la solución ética y políticamente correcta para ese problema jurídico"(D. Kennedy, La educación legal como preparación para la jerarquía 2004, 128)

(ii) El segundo aspecto de la crítica de los CLS al Estado Liberal de Derecho gira en torno a que las doctrinas jurídicas de los estados liberales contemporáneos se encuentran atestadas de contradicciones. Las contradicciones a las que se refieren los *crits* consisten en la presencia de pares de normas esencialmente incompatibles que sirven como elementos de autoridad de la doctrina jurídica en prácticamente todas las áreas del derecho.

El fin de estas contradicciones es vencer la noción de que la ley impera en aquellas sociedades a las que una parte considerable de la filosofía liberal contemporánea se refiere como ejemplos líderes de sociedades políticas operando bajo el imperio de la ley. Kennedy sostiene que estas contradicciones se encuentran atadas al hecho de que la doctrina jurídica no nos ofrece una forma coherente de hablar acerca de los derechos de los individuos sujetos al gobierno del derecho vigente:

"El discurso de los derechos es internamente inconsistente, vacío o circular. El pensamiento jurídico puede generar justificaciones de derechos igualmente plausibles para casi que cualquier resultado. Además, el discurso de los derechos impone

límites a aquellos que lo usan que hacen difícil que funcione efectivamente como una herramienta de transformación radical. Los derechos son por su naturaleza "formales", lo que significa que aseguran protección jurídica a los individuos, al igual que desde la arbitrariedad, hablar de los derechos es precisamente no hablar de justicia entre clases sociales, razas o sexos. El discurso de los derechos, además, presupone o da por sentado que el mundo está y debería estar dividido entre un sector del estado que haga cumplir los derechos y un mundo privado de 'sociedad civil' en la cual los individuos persiguen sus metas diversas. Este marco es, en sí mismo, una parte del problema en lugar de una solución". (D. Kennedy, Legal Education as a Training for Hierarchy 1990, 62)

Klare hace eco de esta premisa de Kennedy al hacer referencia al razonamiento jurídico y al rol de los estudiantes como pensadores del derecho:

"El razonamiento jurídico es una textura de amplia aceptación, indeterminación, y contradicción. Los estudiantes necesitan saber esto con el fin de que trabajen creativamente como defensores o analistas. Para tener autoridad como pensadores jurídicos nuestros estudiantes deben ser totalmente liberados de la tiranía de la creencia en la falsa coherencia o en la obligatoriedad del argumento jurídico". (Klare 1982, 340)

Como lo sugieren Kennedy y Klare, la posición de los *Critical Legal Studies* es el resultado de estas contradicciones doctrinales es una indeterminación jurídica generalizada, lo que se traduce en la

inhabilidad extendida de las reglas y doctrinas de carácter coercitivo para dictar un resultado determinante en los casos legales.

Estas contradicciones permiten a los abogados y a los jueces defender equitativamente sus tesis dentro de un caso determinado dependiendo de cuál de las normas contradictorias elijan como la más idónea a la hora de su aplicación.

Por otra parte, la existencia de la indeterminación se encuentra atada al colapso de la distinción entre el derecho y la política. De esta manera, en los estados liberales observamos la presencia no del imperio de la ley sino de la política, tal como Joseph Singer lo resume de forma acertada en su popular obra sobre teoría jurídica. *“Mientras los teóricos jurídicos tradicionales reconocen que inevitabilidad y deseabilidad de cierta indeterminación, la teoría jurídica tradicional requiere una cantidad relativamente larga de determinación como una premisa fundamental del imperio de la ley. Sin embargo, nuestro sistema legal nunca ha satisfecho esta meta”* (J. Singer 1984, 13)

(iii) El tercer aspecto fundamental gira en torno a la idea de que el derecho es capaz de limitar el ejercicio del poder político y social a través de la adopción de una creencia determinada. Tal creencia no es otra que la de ser el resultado de una creación del hombre, como si el derecho se concibiera como un poder independiente, capaz de controlar a los artífices de su creación y sostenimiento en la sociedad actual. Esta creencia debilita al

hombre, colocándolo como súbdito de un fenómeno que debe dominar como su creador, de esta manera, y bajo este punto de vista de los CLS, la idea del imperio de la ley debe ser criticado como parte de una crítica general a las ideas que debilitan la autoridad, el dominio de los seres humanos.

El cuarto y último aspecto “mitificante” de la la concepción liberal del estado de derecho guarda estrecha relación con los dos primeros y es el que enuncia la tesis de que la idea del imperio de la ley sirve como un instrumento de dominación y de opresión. Sobre este particular, David Kairys resulta acertado al esbozar la idea en la más fiel tradición de los CLS:

*“El derecho es un vehículo principal para el mantenimiento de las relaciones sociales y de poder existentes... La percepción de legitimidad de la ley confiere una legitimidad más amplia en un sistema social e ideología que, a pesar de sus afirmaciones de parentesco con la naturaleza, la ciencia, o Dios, está más justamente caracterizada por la dominación de una élite muy pequeña, sobre todo corporativizada... La legitimidad del derecho percibida está primariamente basada en la noción distorsionada del gobierno por la ley y no por la gente”. (Kairys, *The Politics of Law. A Progressive Critique* 1998, 5,6)*

De acuerdo a la perspectiva de los CLS, la idea de una sociedad política funciona bajo el imperio de la ley cuyo fin es eternizar relaciones de poder ilegítimas. Desvelar la naturaleza de “mito” o ficción enclaustrado en la noción de imperio de la ley es un

componente esencial en la estrategia del movimiento creado para minar, profundizar en esas relaciones de poder.

3.4.3. El elemento esencial en la crítica de los CLS al liberalismo

Existe un elemento muy importante en la crítica o ataque que los *Critical Legal Studies* ejercen sobre el liberalismo y es su ofensiva vertical en contra de la neutralidad de los derechos. Los *crits* han argumentado de forma exaltada que los límites impuestos por la teoría liberal a la política están exceden de forma amplia lo que está justificado. El compromiso del liberalismo con los derechos individuales limita el alcance y la fuerza de la actividad política.

La neutralidad jurídica que claman muchos de los *crits* no es nada diferente al formalismo jurídico de Unger, una posición jurisprudencial que ataca la neutralidad legal que la teoría jurídica liberal ha demandado de forma tradicional, con esto nos referimos a la neutralidad del proceso a través del cual las normas jurídicas son imperiosamente interpretadas.

El rechazo absoluto a establecer distinción entre el derecho y la política (de hecho, como podemos colegir, para los CLS, el derecho es política), posición que se manifiesta de forma constante en la literatura del movimiento es un rechazo a la neutralidad jurídica y al formalismo legal.

La explicación principal que los CLS otorgan a la imposibilidad o improcedencia de la neutralidad jurídica se basa en el contraste existente entre reglas y valores.

Como crítica en contra del formalismo jurídico liberal, el aspecto fundamental del anterior contraste se basa en la idea de que la interpretación de las normas jurídicas requerirá apoyarse en un juicio de las concepciones antagonistas de lo que es bueno y correcto, cuya competencia en el entorno política fue la que ayudó a generar las normas de derecho. Este apoyo o dependencia es necesario con el fin de categorizar múltiples propósitos de una norma individual o los propósitos en conflicto de diferentes normas implicadas en un caso determinado. Sin embargo, debido a esta dependencia, las controversias normativas del ámbito político no pueden ser aisladas del proceso de interpretación jurídica que será infaliblemente responsivo a las diferencias que juzgan o dictaminan concepciones que pongan en contención lo que es bueno y lo que es correcto.

Por ende, y en concordancia con la posición de los *Critical Legal Studies*, este proceso responsorial hace que la neutralidad jurídica se convierta en algo utópico, demuele la distinción existente entre derecho y política y, con ello, la eventual existencia del estado liberal de derecho.

3.4.4. Las contradicciones e incoherencia conceptual de la doctrina jurídica liberal

La premisa de la literatura de los CLS de que la doctrina liberal está atestada de contradicciones, además de ser incoherente conceptualmente hablando, es el señalamiento de que el imperio de la ley no es procedente sin transgredir la neutralidad liberal dado el pluralismo del contexto en que opera.

La teoría sobre la existencia de contradicciones al interior de la doctrina jurídica es una forma de abreviar, de resumir varias tesis muy definidas acerca de la naturaleza de la ley que autores como Andrew Altman condensan de forma acertada y que podemos resumir en tres tesis esenciales a saber, las cuales abordaré con la profundidad debida hacia la parte final de este capítulo, basándome principalmente en la visión del autor por considerarla particularmente propicia debido a su enfoque de naturaleza liberal y por su rigurosidad analítica.

Pese al anterior intento, considero pertinente hacer referencia al análisis de la literatura de otro miembro destacado de los CLS y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford, Mark G. Kelman, ya que desde su óptica es posible identificar, al interior del legado de los *Critical Legal Studies* tres contradicciones esenciales en el pensamiento liberal. Por tal razón, un recuento de estas contradicciones resulta casi que imperioso y por demás oportuno y enriquecedor para esta obra.

Así, las tres contradicciones esenciales que podemos encontrar en el pensamiento liberal desde el punto de vista de los CLS son: 1) la contradicción entre el compromiso de las normas jurídicas bajo el cual se aplican de forma automática y los estándares legales que oscilan, mutan de acuerdo al caso específico; 2) la contradicción entre la subjetividad de los valores, la objetividad de los hechos y la objetividad de verdades éticas y sociales y, por último; 3) la contradicción entre la voluntad propia o

libre elección y el determinismo que condiciona el acto volitivo del sujeto al resultado esperado que impone el *statu quo*.

La primera contradicción se refiere básicamente a uno de los temas de más álgido debate al interior de los CLS como lo es la libertad y restricción en la decisión judicial, abordado con la suficiente profundidad por Duncan Kennedy en su obra del mismo nombre(D. Kennedy, Libertad y Restricción en la Decisión Judicial 1999)

Bajo esta premisa inicial, los jueces se sienten compelidos a aplicar la norma jurídica al caso concreto de forma mecánica, designando la aplicación de reglas básicas a unos hechos específicos que son fácilmente determinables, pese a que el producto de tal aplicabilidad de la norma sea contrario a lo que busca la política pública detrás de la norma jurídica. En otras palabras, por la coerción que ejerce la norma sobre el juez, éste se ve obligado a aplicar la norma independientemente de que viole el fin ulterior para el cual fue creada por el órgano legislador o vaya en contravía de la política pública a favor de la cual ha sido instaurada.

Uno de los temas principales que aborda Roberto Unger en una de sus obras, que constituirían la génesis de los *Critical Legal Studies*(Mangabeira Unger, Knowledge and Politics 1976), es el que hace precisamente alusión a la segunda contradicción del pensamiento liberal. La característica primordial de la perspectiva liberal es que se encuentra altamente comprometida con una doble visión de la moral y del conocimiento científico, basada en que

existe una distinción sustancial, tanto entre hechos y valores, como entre la razón y el deseo. De acuerdo a Unger, la postura esencial tanto de la cultura dominante, como de la teoría social liberal es que las creencias o los valores acerca de lo que las personas consideran significativo a seguir en la vida son vistos como simples gustos, se trata de afirmaciones completamente incoherentes, arbitrarias del hombre.

“La razón es completamente independiente del deseo; el deseo impulsa, la razón trata simplemente de lograr lo que deseo demanda buscar. El deseo no es sólo subjetivo e individual sino también individualizador; es decir, nos distinguimos el uno del otro por nuestras necesidades, mientras que la razón y la percepción son universales”. (Kelman, A Guide to Critical Legal Studies 1987, 65)

Por último, y en relación a la tercera contradicción, el análisis de los CLS se orienta a señalar que es impreciso creer que sabemos con certeza cuándo se debe aplicar el análisis determinista o cuando es el intencionalista el que resulta más propicio, por lo que resulta más preciso afirmar que nos encontramos paralelamente atraídos a cada uno de ellos, toda vez que la relación con el discurso termina siendo de nuevo contradictoria, discordante.

De acuerdo a Kelman, esta tercera afirmación sobre la contradicción y la incoherencia de la doctrina jurídica liberal puede aclararse “mostrando que en muchas instancias una batalla más encubierta entre discursos intencionalistas y determinísticos continúa en el área criminal precisamente porque cada discurso

está disponible para todos... y mostrando que incluso en áreas donde uno raramente se enfoca en el tema del choque entre intencionalismo y determinismo, el apego oscilante inconsciente de cada una de estas formas de discurso hacen no solo de los esquemas de justificación, sino también de la práctica diaria, indeterminada”.

Para terminar, es importante señalar que, en la literatura de los CLS, la premisa sobre la contradicción del derecho es defendida casi que de forma exclusiva en referencia a la doctrina jurídica Anglo-americana y, por consiguiente, en relación a las leyes pertenecientes a todos los posibles estados liberales, situación que no priva de que tal premisa o tesis pueda hacerse extensiva a otros estados de la misma naturaleza liberal.

3.4.5. Las dos contradicciones fatales al seno de la política liberal y la teoría jurídica: La antinomia de la interpretación legal y la antinomia de las normas y valores.

En dos de sus obras seminales⁷⁰, Roberto Unger sostiene que existen dos contradicciones “fatales” al interior de la política liberal y la teoría jurídica. Estas dos contradicciones surgen de la misma deficiencia y ambas nulifican la posibilidad de existencia de un estado liberal de derecho.

La deficiencia que comparten las dos contradicciones de la política liberal es “la inhabilidad de llegar a una comprensión

⁷⁰ Véase “Knowledge and Politics”(Mangabeira Unger, Knowledge and Politics 1976) y la referente al movimiento de los Estudios Críticos del Derecho(Mangabeira Unger, The Critical Legal Studies Movement 2014)

coherente de las relaciones entre las normas y los valores en la vida social. Sin tal comprensión, no obstante, no es posible una visión adecuada de la sociedad”. Básicamente la mayoría de argumentos críticos en contra de la viabilidad del liberalismo que podemos encontrar en la bibliografía de los *Critical Legal Studies* devienen de esta concepción de Unger, bajo la cual, tanto la política liberal como la teoría jurídica son impotentes a la hora de proveer una elucidación congruente acerca del sistema de normas y valores.

La primera de las dos contradicciones que destaca Unger está relacionada con el proceso de promulgación de las leyes. Bajo esta óptica, el autor advierte que no existe proceso que pueda llegar a satisfacer la demanda de moralidad política liberal que haga gala de un procedimiento legislativo que ostente un carácter neutral.

En cuanto a la segunda contradicción, ésta se refiere esencialmente a un problema de interpretación legal. En el mismo sentido que la primera contradicción, Unger sostiene que no existe un proceso que satisfaga la demanda de la moralidad política liberal de un procedimiento neutral de interpretación de la ley. A esta contradicción es a la que Unger se refiere como el problema de la adjudicación o la antinomia de reglas y valores, tesis que desarrollarían amplia y rigurosamente autores del movimiento como Duncan Kennedy y que Unger aborda en su obra *Knowledge and Politics* de la siguiente forma:

“La tesis central de esta sección es que ni el régimen de justicia formal ni sustantiva son capaces de resolver el problema

de la libertad. Sin embargo, la justicia formal y sustantiva no puede ser reconciliada. Por lo tanto, no existe una solución coherente al problema de la adjudicación como es definido por el pensamiento liberal; no podemos disponer de las dificultades con las cuales ese problema confronta la doctrina política liberal adoptando la justicia sustantiva o formal. Un sistema de leyes o normas (justicia legal) no puede prescindir de una consideración de valores en el proceso de adjudicación, ni ser coherente con tal consideración. Además, juicios acerca de cómo promover los valores generales en situaciones particulares (justicia sustantiva) no pueden existir sin las normas ni tampoco ser compatibles con ellas. Esta es la antinomia de las normas y valores". (Mangabeira Unger, Knowledge and Politics 1976, 91)

Pese a que Unger no bautiza la primera contradicción a que hace referencia en su obra, es posible proponer un nombre que sea acorde con la segunda, por ejemplo, Andrew Altman sugiere la denominación de "antinomia de la legislación". Empero, considero que el apelativo de "antinomia de la interpretación legal" puede resultar más adecuado y descriptivo, por lo menos en cuanto al contenido de la misma.(Altman, Critical Legal Studies - A Liberal Critique 1993, 59)

Para concluir, es importante señalar que las dos mencionadas contradicciones comparten un mismo punto de origen, que no es otro diferente a la subjetividad de los valores en el corazón del liberalismo. De hecho, el propio Unger considera que estas dos antinomias encuentran su génesis en el hecho de que los valores son

concebidos como subjetivos, tanto en la teoría como en la sociedad liberal y lo explica de la siguiente forma.

“La subjetividad de los valores significa que ninguna concepción de lo que es bueno o malo en la vida humana tiene alguna garantía o base más allá de la elección de un individuo dado que la adopte. Tal concepción no puede ser correcta en el sentido de ser sensata, sin importar lo que cualquiera pueda pensar o elegir, ni tampoco puede tal concepción dar licencia a un individuo que la adopte para coaccionar a aquellos que no se ajustan a sus preceptos”. (Altman, Critical Legal Studies - A Liberal Critique 1993, 59-60)

3.5. Los movimientos Derecho y Sociedad y Análisis Económico del Derecho ante los *Critical Legal Studies*

La estrecha relación que ha unido al movimiento *Derecho y Sociedad* con los *Critical Legal Studies* –al menos en su etapa preliminar-, es una razón más que suficiente para considerar de especial relevancia incluir –al menos sucintamente- una referencia a la correspondencia de ambos movimientos en este trabajo de investigación. Recordemos que previo a su nacimiento, los CLS fueron parte del movimiento Derecho y Sociedad, el cual en aquella época –años setenta- centraba sus críticas y argumentaciones basado en el análisis sociológico de la ley. No sobra tampoco reiterar que, durante su fase preliminar, la influencia de las ideas de los críticos no resultó ser significativa, tuvo un tinte un poco secundario o circunstancial en el movimiento Derecho - Sociedad. Sin embargo, años más tarde, éste daría cuenta de cómo varias

teorías y proposiciones de los *Critical Legal Studies* terminarían permeando algunos de sus enfoques o perspectivas.

Asimismo, y en cuanto al binomio Derecho - Economía, autores importantes de los *CLS* como Duncan Kennedy, han asegurado que las críticas o posiciones más efectivas en torno al análisis económico del Derecho, son las planteadas precisamente por su movimiento. Así pues, resulta importante referirnos a tales críticas que fundamentan este particular binomio en el apartado correspondiente que cierra este capítulo.

3.5.1. El binomio Derecho - Sociedad

El próspero movimiento *Derecho y Sociedad* -conocido también con el nombre de “Estudios Sociológicos”- es una de las aproximaciones del Derecho aparecida durante la década de los 60 y 70. *Derecho y Sociedad* es el estudio científico social del Derecho interdisciplinar⁷¹; se trata pues de un movimiento de tinte reformista que considera que las políticas públicas son un dispositivo ideal para la inserción de profundas transformaciones de carácter social, económico y político en una sociedad determinada.

⁷¹ Dicho carácter interdisciplinar es posible gracias a la intervención de un amplio espectro de agentes, pues cubija a historiadores legales, científicos políticos que estudian la toma de decisiones judiciales, sociólogos jurídicos con varios intereses, como la investigación de la profesión de abogado, asuntos legales relacionados con las minorías y las mujeres, actitudes públicas acerca del derecho, la pena de muerte, entre otros temas. En este movimiento también encontramos criminólogos, economistas del comportamiento, entre muchos más, todos unidos bajo un mismo manto de orientación empírica hacia el Derecho.

El movimiento *Derecho y Sociedad*, concibe al Derecho como una herramienta indispensable para el progreso de la sociedad. Desde esta óptica, dicho movimiento continúa con la agenda científica promovida por los realistas. Asimismo, muchos de los líderes del movimiento *Derecho y Sociedad* se identificaron abiertamente con las corrientes políticas de izquierda y coincidieron en un tema recurrente de la Sociología Jurídica como la cuestión de la dominación ideológica hegemónica del Derecho. No obstante, los CLS no abrigaron ambas aproximaciones debido a su apatía con la ciencia social por considerarla un artificio objetivista que apoyaba el *statu quo*.

“Muchos académicos socio jurídicos, aunque personalmente simpatizantes de las políticas liberales, consideran que la politización de la academia socio legal es inapropiada y en detrimento de sus esfuerzos de producir conocimiento fiable acerca del derecho. Sin embargo, hubo un solapamiento significativo de individuos en la membresía inicial de estos dos grupos”. (Duxbury 1997, 435)

3.5.2. El binomio Derecho - Economía

El propio Duncan Kennedy ha afirmado que “las críticas más efectivas al análisis económico del Derecho han sido, de hecho, las críticas desarrolladas por los autores de los *Critical Legal Studies* durante los últimos veinte años”. (D. Kennedy, La controversia política es parte del razonamiento jurídico 2005, 50)

La noción básica o fundamental de la crítica ejercida por los CLS se basa en que el criterio de “maximización de la riqueza” o de “eficiencia” de Kaldor - Hicks, carece de todo sentido a la hora de legislar o crear leyes. De aquí nace la idea de los *crits* de que no es posible concebir que un operador jurídico, llámese juez o legislador, elija las normas que debe aplicar o proferir basado en el criterio de eficiencia de las mismas, dejando de lado las consecuencias que ello puede traer para los derechos o para la identidad social.

La crítica central de los CLS en relación a la retórica de Kaldor - Hicks se basa en que esta forma de “juzgamiento económico” proporciona una retórica al interior de la cual los liberales debaten los puntos de los conservadores, en lugar de proveer un análisis determinante para resolver el problema creado por el conflicto que emerge a la hora de distinguir entre impartir la ley y legislar o, en otras palabras, entre lo judicial y lo legal. Kennedy va más allá en su crítica a la retórica Kaldor-Hicks añadiendo el siguiente razonamiento:

“... la retórica de Kaldor - Hicks es tan completamente manipulable que liberales y conservadores pueden perseguir agendas de este tipo dentro de sus restricciones, incluso reconociendo, como yo, que la retórica a veces apuntará sin ambigüedad en una dirección u otra. Asumiendo para el bien del argumento que he demostrado de manera convincente que las máximas son inútiles, ya que las distinciones entre mercado libre, regulación e impuestos y colapso de transferencia cuando tratamos de implementarlas en la práctica, queda una pregunta.

¿Cuáles son los efectos políticos de la creencia general en su validez?”(D. Kennedy, Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies 1998, 473)

Por otro lado, al criticar el valor del concepto de eficiencia y cuestionar la imparcialidad y neutralidad de los métodos de análisis del movimiento de Derecho y Economía, los CLS dejaron en claro su posición bajo la cual consideraban que los métodos de interpretación y creación de la ley basados en la economía sólo eran uno de los temas objeto de controversia o disputa, asegurando que sus resultados obedecían a la incorporación de proposiciones o juicios no comprobados detrás de los cuales yacían ocultos intereses políticos y de clase. De esta manera, el hombre no es solamente un ser egocéntrico que gira en torno a sus propios intereses, sino que también, en ciertas ocasiones, elige de forma desacertada a la hora de satisfacer sus prioridades.

El conflicto o desavenencia de los *Critical Legal Studies* y el movimiento de *Derecho y Economía* surge ante la propuesta de éste de usar conceptos microeconómicos a la hora de explicar cómo los jueces deben aplicar la ley y fallar los casos concretos. Así, se procuraba que el operador jurídico utilizara métodos racionales, imparciales, objetivos y científicos que le brindaran la posibilidad de fallar de forma apolítica en cuanto al fondo del litigio. La economía entonces, bajo este criterio, se erigía como una herramienta enfocada a llenar las lagunas, los vacíos de discrecionalidad propios de la naturaleza del ordenamiento jurídico.

Los argumentos en derecho y economía confían en sí mismos y encarnan juicios políticos controversiales. El argumento del derecho y la economía, como argumento legal, es meramente ideológico, ambos géneros están estructurados por intratables, aunque no inalterables contradicciones de carácter político. La visión de un discurso significativo de eficiencia técnica depurado de contradicción política es una pesadilla inventada, tanto por su falsedad como porque la adhesión a la misma tiende a mover el argumento político hacia un bando que yace entre el libertarismo pragmático, tecnocrático de centro y de libre mercado.

Desde la óptica en que los *Critical Legal Studies* analizan el derecho y la economía, nos faculta para afirmar que es un movimiento consecuente con una comprensión de ambos como una unívoca ejemplificación de un grupo específico de valores, especialmente de tinte conservador, por lo que es viable racionalizar la desarticulación, la separación de la economía por parte de los críticos legales de izquierda.

En cualquier caso, tal comprensión es menos probable que fomentar la participación de los CLS en el derecho y economía que la de entender ambos como un entorno dinámico de argumentación ideológica, fundamentalmente uno que permita la exposición de políticas tanto de orden radical como liberal.

La crítica de los CLS al Derecho y la Economía puede ser razonablemente comprendida como un esfuerzo por avivar puntos de vista de naturaleza radical y alternativa tanto al derecho como a

la economía que reconozcan y emanen de contradicciones cargadas de contenido político al interior de éstos.

En sus cuatro ensayos sobre el *rol del Derecho en el pensamiento económico del siglo XIX*, Duncan Kennedy discute tres temas principales que desarrolla de diferentes maneras y que sirven como base para entender la óptica de los CLS sobre la economía y el derecho.

La primera tesis propugna que la corriente principal del pensamiento económico ha sido un vehículo para legitimar los actuales arreglos del capitalismo de la época.

La segunda tesis considera que la plausibilidad de la empresa legitimadora es dependiente, de manera decisiva, aunque generalmente disfrazada, de un conjunto específico de imágenes expresas erróneas de lo que es el Derecho y de cómo funciona en la economía.

La tercera y última tesis aborda Kennedy es que la comprensión del ordenamiento jurídico por parte de un realista legal posee un efecto desestabilizador y liberador tanto en la corriente principal de economistas como en la comprensión crítica marxista de la distribución del bienestar en una sociedad capitalista.(D. Kennedy, *The Role of Law in Economic Thought: Essays on the Fetishism of Commodities* 1985, 939).

Dicho todo ello, los cuatro ensayos mencionados fueron producidos en los albores del movimiento de los *Critical Legal*

Studies –más concretamente durante los años 1979, 1981 y 1985- con la pretensión de erigirse en una referencia esencial del pensamiento legal de finales del siglo XX; todos ellos servirían para retroalimentar algunas de las posiciones y argumentos que dicha corriente de los Estudios Críticos del Derecho esbozaría *a posteriori*. Sobre este particular vamos a orientar nuestros esfuerzos en los subsiguientes capítulos de la presente tesis doctoral.

4. METODOLOGÍAS: LAS HERRAMIENTAS PARA SOCAVAR EL SIGNIFICADO DE LOS TEXTOS, DESVELAR LA IDEOLOGÍA DEL DISCURSO JURÍDICO Y REVELAR LA ILEGITIMIDAD DE LAS JERARQUÍAS

Al momento de ejercer sus posiciones críticas y fundamentar sus teorías y proposiciones fundamentales, el movimiento de *Critical Legal Studies* ha empleado varias técnicas o metodologías como herramientas para alcanzar fines concretos. Algunos de estos fines están relacionados con objetivos concretos como socavar la lógica de los textos para revelar los diversos significados que pugnan constantemente, desvelar las contradicciones al interior de la norma jurídica y el derecho en general, descubrir la ideología escondida en el discurso jurídico, entre algunas de las más importantes que obedecen a la naturaleza, tanto del movimiento como tal, como al ejercicio crítico, intelectual y académico constante de sus miembros. Para estos fines, esta corriente filosófica norteamericana hizo uso de varias herramientas metodológicas que analizaremos oportunamente en este apartado, y que van desde la Deconstrucción hasta el método de análisis de la Genealogía Histórica, así:

(i) Metodologías de la deconstrucción. Se ramifican en dos técnicas metodológicas a saber: la demolición o “*trashing*” y la metodología de la explicación textual

(ii) La metodología feminista del Derecho

(iii) La investigación en teoría social

(iv) La crítica pura

(v) El método de análisis de la Genealogía Histórica

4.1. Metodologías de la deconstrucción

De acuerdo a Balkin, la deconstrucción “es una herramienta de análisis o herramienta analítica por medio de la cual las jerarquías inherentes al pensamiento y el lenguaje son reveladas y hechas efectivas”. (Balkin 1987, 743,765,786)

Los intelectuales del movimiento *Critical Legal Studies* jugaron un papel fundamental a la hora de introducir los presupuestos conceptuales de la “deconstrucción” en la Metodología de las Ciencias jurídicas. La metodología de la “deconstrucción” sería utilizada por los partidarios de los Critical Legal Studies como un mecanismo para de desvelar la falta de coherencia y de integridad conceptual que ostentaban varios ámbitos de la doctrina jurídica. Los *Critical Legal Studies* hallaron pues en la “deconstrucción” la herramienta ideal para descubrir el confuso esquema que se encuentra oculto detrás del orden legal aparente intrínseco de las decisiones judiciales.

El desafío ontológico que planteaba la “deconstrucción” a la propia idea de Derecho hizo que se convirtiera en un método particularmente atractivo para los *crits*. En palabras de Gary Minda:

*"(...) los deconstruccionistas de los CLS afirmaron que las contradicciones fundamentales son esenciales imposibilidades porque dan por sentado con una jerarquía existe para apoyar interpretaciones estables de la doctrina legal. Los deconstruccionistas argumentan que todas las jerarquías en el pensamiento jurídico, incluso aquellas que proclaman la existencia de una contradicción fundamental pueden ser socavadas y revertidas por una lectura deconstructiva". (Minda, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence At Century's End* 1995, 116)*

La "deconstrucción" empezó a jugar un rol determinante y a influenciar a la academia de juristas y escolares del Derecho contemporáneos con el nacimiento del movimiento de los *Estudios Críticos del Derecho*. Las razones por las cuales los Critical Legal Studies se sintieron especialmente atraídos por los postulados deconstruccionistas de Derrida son variadas. A modo de sumario, podemos señalar las más importantes. (i) La primera de ellas fue la concepción de la deconstrucción de que los significados eran inestables por herencia, posición que parecía dar más fuerza a la tesis de los *crits* de que las decisiones de los jueces eran indeterminadas, más precisamente su énfasis en el carácter político de las decisiones legales. (ii) Un gran postulado crítico que generó especial interés por parte de los Critical Legal Studies hacia la deconstrucción fue la constatación del carácter indeterminado de la naturaleza del Derecho, apoyándose para ello en la idea de que las estructuras sociales eran contingentes y que los significados de orden social eran maleables y flexibles. Mediante la *deconstrucción*

de los principios del Derecho se deconstruye la óptica del mundo que los orienta. El método de Derrida fue por tanto útil a los *crits* a la hora de demostrar lo inconclusas que pueden ser ciertas argumentaciones legales; asimismo, puede ser usado como un valioso instrumento para ahondar en análisis de carácter histórico, sociológico, antropológico, ideológico del Derecho. (iii) La tercera y última razón por la cual los *Critical Legal Studies* se identificaron con la deconstrucción es porque socavaba la propia lógica de los textos, revelando diversos significados que entraban en conflicto unos con los otros. De esta forma, la deconstrucción podría ser usada con el propósito de hacer *trashing*, o sea, de mostrar que ciertos argumentos jurídicos carecían de coherencia, de allí el eslabón que enlaza estos dos métodos de análisis en el movimiento de los Critical Legal Studies a través del binomio *deconstrucción-trashing*. Sobre este particular, dedicaremos a continuación el apartado 4.1.1: La metodología de la demolición o *trashing*.

Por último, los *crits* que pregonan la validez metodológica de la "deconstrucción" en el ámbito de las Ciencias jurídicas afirman que la interpretación de un texto legal es víctima de mediación por parte de un sujeto (el juez, por ejemplo), quien a su vez es víctima de la injerencia que ejerce sobre él su entorno cultural y social; o dicho en otras palabras, la interpretación jurídica nunca está libre de las concepciones previas del operador jurídico que tiene por tarea interpretar la norma legal, posición que comparten con el movimiento realista. En efecto, basados en criterios *deconstructivistas*, los *Critical Legal Studies* consideran que la

interpretación doctrinal se encuentra determinada por prejuicios y preconcepciones. De esta forma, todo criterio jurídico estaría indefectiblemente atado a prejuicios que hacen que sea imposible concebir, interpretar y aplicar el contenido del Derecho de una forma imparcial y objetiva. Sobre este particular, dedicaremos a continuación el apartado 4.1.2: La metodología de la explicación textual.

4.1.1. La metodología de la demolición o “trashing”

Como ya analizáramos en el apartado relativo a las fuentes que nutren el movimiento de los *Critical Legal Studies*, la demolición o “trashing” es básicamente el descubrimiento, la revelación del del trasfondo ideológico que yace escondido en el discurso jurídico, desvelando cómo normas legales se encuentran ocultas bajo un entorno de neutralidad, objetividad y naturalidad.

Esta metodología busca revelar cómo el juez, el legislador o cualquier otro operador jurídico implanta premisas de orden normativo que no son para nada obvias en cuanto a sus concepciones y argumentaciones y cómo dichos agentes llegan a justificar sus decisiones como naturales cuando en realidad no lo son. En otras palabras, en base a esta metodología de “demolición”, las soluciones, fallos o sentencias producidas por los juristas son el resultado de la injerencia de posiciones con tintes políticos y éticos que asumen los jurisconsultos. De esta forma, el enfoque principal del *trashing* está orientado a revelar lo ilegítimo que resultan las jerarquías que se sustentan en el interior del Derecho y de la sociedad.

La “demolición” involucra pues una búsqueda constante por desafiar y cuestionar la corriente principal del pensamiento jurídico liberal. En el siguiente extracto que reproducimos de Mark Kelman, se esboza claramente cuál es el fin de este método de análisis de los *Critical Legal Studies* aplicado en la agenda crítica de universidades estadounidenses y británicas en relación a los métodos tradicionales de enseñanza del Derecho:

“También estamos comprometidos en un proyecto político activo, transformador anarcosindicalista... En el ámbito laboral, el debunking, o el trashing, en general es una parte de un esfuerzo explícito para nivelar, para reintegrar las comunidades en las que vivimos al lado de líneas explícitamente igualitarias en lugar de las líneas jerárquicas racionalizadas que en la actualidad integran. Estamos diciendo: Esto es lo que hizo tu profesor (a ti, para ti) en contratos o en civil. Esto es lo que realmente era. Despojado del galimatías, aquí hay un conjunto de problemas que todos enfrentamos, de igual a igual en el trato con el trabajo, con la política, y con el mundo”. (Kelman, Trashing 1984, 326)

Como he señalado, la metodología de la “demolición” es empleada por los partidarios de los *Critical Legal Studies* para revelar las contradicciones subyacentes o inherentes al Derecho y para desvelar las interacciones de las jerarquías de poder que yacen ocultas en la apariencia neutral del ordenamiento legal. En consecuencia, el *trashing* tiene por fin desenmascarar las

estructuras de poder ilegítimas que se encuentran enraizadas en el Derecho y en la sociedad en general.

Para desenmascarar estas estructuras de poder y para deslegitimar la ley como tal, los *crits* tratan de despojar el sello de legitimidad para desenterrar el sustento ideológico del ordenamiento jurídico. Por esta razón, la legitimidad conferida al sistema social por el Derecho es esencial para la continuidad del sistema legal con todas sus inequidades e injusticias. Sobre este particular, Kairys señala lo siguiente en su obra de 1998:

“La legitimidad percibida del Derecho confiere a su vez una legitimidad más amplia sobre un sistema social e ideología que... son más justamente caracterizados principalmente por la dominación de una élite corporativa muy pequeña. La legitimidad percibida del Derecho está basada primariamente en nociones de experticia técnica, objetividad y el modelo idealizado del proceso legal... Sin embargo, también está en su mayor parte mejorada por la realidad de lo que es la ley, en algunas ocasiones justa u algunas veces sirve para restringir el ejercicio del poder”.
(Kairys, *The Politics of Law. A Progressive Critique* 1998, 7)

Uno de los ejemplos más relevantes de demolición en los *Critical Legal Studies* se ve plasmado en sus discusiones con Dworkin y con el movimiento *Derecho y Economía* quienes afirmaban que la interpretación de la norma por parte del juez debía dar resultados necesarios, ya que, a su juicio, el problema de la indeterminación legal puede ser resuelto en base a la ética y la economía. Frente a ellos, los *crits* aseguraban que las teorías de

Dworkin o las del movimiento *Derecho y Economía* exhibían conclusiones contradictorias y que, en definitiva, la decisión del jurista es el resultado de un procedimiento en el cual diversas facciones políticas se ven enfrentadas. El compromiso de los *Critical Legal Studies* al utilizar la demolición o *trashing* como método de análisis de la ideología legal es convertirlo como una de las vías que conducirá a la sociedad a un futuro libre, bajo la premisa de que los asociados se encuentran mistificados por una ideología liberal y como consecuencia, no pueden replantear la visión de su mundo hasta que no descubran qué tan contingente puede llegar a ser esta ideología.

Las exploraciones de los *Critical Legal Studies* hacen referencia de forma constante -sobre todo en la fase inicial- a las *técnicas de demolición textuales* buscando a través del uso del “combustible” crítico. Gary Minda nos ofrece una clara idea de cómo opera esta demolición de textos en los albores del movimiento:

*“La idea (de este tipo de trabajos de oposición) era demostrar la indeterminación y la incoherencia del pensamiento jurídico liberal, a través de la ‘demolición’ de las categorías de la doctrina que los abogados, los jueces y los académicos utilizaban en su trabajo [...] Después de poner al descubierto la indeterminación de la doctrina jurídica, los pensadores críticos procedían a examinar las opciones políticas a las que la doctrina servía”(Minda, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence At Century's End* 1995, 111)*

Otro de los críticos o “crits” que se manifiesta en relación al significado de “trashing” es Robert Gordon, quien afirma que consiste en *“mostrar cómo un discurso ha convertido lo contingente en lo necesario, y revelar las interpretaciones alternativas reprimidas que son perfectamente consistentes con las manifiestas premisas del discurso”*(R. Gordon 1984, 16)⁷²

Fundamentados en las concepciones de los autores mencionados, podemos afirmar en términos elementales que el *trashing* se basa en el descubrimiento del mensaje ideológico escondido detrás del discurso de los diferentes operadores jurídicos -sobre todo, los jueces- y en la denuncia de las normas jurídicas circundadas en un ambiente de imparcialidad, objetividad y naturalidad.

4.1.2. La metodología de la explicación textual

Esta metodología utilizada por los académicos de los *Critical Legal Studies* está basada en la explicación de textos jurídicos utilizando técnicas interpretativas de otras disciplinas tales como la semiología, fenomenología, y estructuralismo, técnica que es de gran relevancia para el estudio de las obras jurídicas ya que otorga al crítico una visión mucho más amplia y completa que va más allá de la utilizada en la propia elaboración doctrinal que se cierra o se

⁷² Sobre el concepto de *trashing*, reitero la importancia de remitirnos al texto de Kelman dedicado a esta metodología empleada por los *Critical legal Studies*(Kelman, Trashing 1984, 293-321)

limita a las ciencias jurídicas o al Derecho como disciplina casi de manera estricta.

Siguiendo a los intelectuales actuales en criticismo literario, una disciplina en la cual el escepticismo acerca del significado superficial de textos ha llevado a algunos críticos a crecientes modos herméticos de interpretación(Hartman 2007, 242-244), la escuela crítica está buscando una metodología que no refuerce la legitimidad de conceptos y procese lo que los académicos exigen. Tal metodología permitiría al escolar radical reproducir, retratar el fenómeno legal para discutir la ideología, estructura, y cometido en una manera que revelaría verdades subyacentes acerca del orden legal⁷³.

La anterior aproximación es, en mi criterio, una de las posibilidades metodológicas que encuentran o proponen los *Critical Legal Studies* para ir en contra del Derecho o del discurso jurídico en general como “ideología legitimadora” ya que pone en tela de juicio, abre al debate esa composición, esa estructura que develaría el verdadero, o por lo menos un sentido diferente del orden jurídico imperante, permitiría ir más allá de la interpretación tradicional de la norma jurídica para encontrar un “espíritu” alternativo, subyacente al

⁷³ De hecho, el estructuralismo, la más promisorio de las numerosas metodologías, construye un modelo de hechos o relaciones que expliquen las prácticas y representaciones de práctica que ocurren en un orden legal determinado. El modelo presupone que los participantes dentro de un orden legal no son conscientes de la artificialidad e intenciones subyacentes de la estructura legal como un todo. El modelo revela entonces los factores escondidos abasteciendo o conteniendo la acción legal.(D. Kennedy, *The Structure of Blackstone's Commentaries* 1979)

enunciado legal, permitiría llegar al fondo de las razones por las cuales una norma fue creada, sus objetivos y si su aplicación es adecuada de conformidad a su ideología y/o los fines en cuanto a la voluntad del legislador. Esta metodología es propia de la fase inicial de los *Critical Legal Studies* y generó un gran debate interno que dividió a los autores en dos grupos.

4.2. La metodología feminista del Derecho

La metodología de la Teoría feminista del Derecho o Jurisprudencia feminista preconizada por autores/as partidarios al movimiento de los *Critical Legal Studies* encierra cuatro aspectos que merecen ser objeto de nuestra atención: (i) *el análisis experiencial*; (ii) *la percepción de historias personales*; (ii) *la identificación de implicaciones y componentes de género y*, por último, (iv) *razonamiento feminista práctico*.

(i) El llamado *análisis experiencial* es usado por la crítica feminista como fundamento cognitivo para analizar las estructuras sociales, objetivación sexual y jerarquía de género. Este tipo de análisis se basa en experiencias específicas como punto de partida en lugar de trabajar de forma deductiva desde principios abstractos y esquemas conceptuales. A posteriori, incorpora estas experiencias al interior de la teoría con el fin de lograr una comprensión más profunda de las mismas. Durante este análisis, se narran las consecuencias personales de injusticias institucionalizadas, enfocándose en las experiencias de ser dominadas a diferencia de sólo pensar en ellas.

(ii) El siguiente aspecto al que apunta la jurisprudencia feminista en su metodología es *la percepción de historias personales*, consistente esencialmente en que las mujeres escuchen recíprocamente sus historias, las cuales generalmente se pierden dentro del estrépito del discurso dominante. El conocimiento se obtiene a través de las experiencias de las mujeres a través de la concientización, promoviendo la deliberación acerca de las múltiples experiencias, desestabilizando de esta forma la aquiescencia aparente atinente al significado de la vida social. En este segundo aspecto, aflicciones o pesadumbres personales son transmutadas a una experiencia colectiva de opresión. Este método de concienciación opera normalmente en dos niveles, el de crecimiento personal y el del nivel institucional. En el primero, la experiencia se incorpora a la teoría, la que en su lugar es validada o modificada por las demás experiencias. Por ende, las dimensiones individuales y colectivas de la experiencia son elaboradas para ayudar a conectar. Ahora bien, en el nivel institucional, el método opera haciendo públicas las experiencias de opresión con el propósito de modificar la percepción pública, desafiando directamente el patriarcado. Los puntos de vista obtenidos al final de este proceso de concientización son generalmente proferidos como proposiciones normativas del proceso legal. Un ejemplo de ello es el caso que predica que el crecimiento en el número de mujeres abogadas mejoraría el proceso legal o que un aumento en la proporción de jueces de sexo femenino promovería sentencias más colaborativas entre los jueces.

(iii) El tercer aspecto al que apunta la metodología feminista es *la identificación de implicaciones y componentes de género*. Este aspecto consiste básicamente preguntar la pregunta de la mujer, cuestión que consiste en identificar implicaciones y componentes de género de una norma o práctica que es concebida como neutral. En muchas veces la pregunta de la mujer es refinada como el cuestionamiento de los excluidos, siendo tal refinamiento la inclusión del amplio rango de opresión experimentado por las diferentes mujeres, incluso hombres. Así las cosas, el análisis de género es puesto dentro del contexto de identidades heterogéneas. La pregunta de la mujer explora las múltiples implicaciones de género indagando porqué el ordenamiento jurídico prefiere valores masculinos sobre los femeninos y cómo puede ser esta situación erradicada para que la situación de desventaja de la mujer cese.

(iv) El último aspecto que tiene en cuenta la jurisprudencia feminista desde un punto de vista metodológico es el del llamado *razonamiento feminista práctico*. Este razonamiento atribuye a las mujeres presuntuosa y exclusivamente los atributos de sensibilidad al contextualizar, a ser abiertas a puntos de vista en evolución, y al cuidado de los aspectos prácticos de la vida diaria. De forma sustancial, este método minimiza los pormenores de una situación y trata como preguntas abiertas las preguntas de qué, porqué y cómo algo debe ser hecho en un contexto particular. El método, al considerar que los problemas no son conflictos dicotómicos que se resuelven simplemente eligiendo un principio sobre el otro, tiene poco uso en el razonamiento abstracto, por lo que se conciben como

dilemas caracterizados por poseer una gran cantidad de matices que necesitan ser armonizados al interior de un contexto definido.

4.3. La investigación en teoría social

Teniendo en cuenta las deficiencias que, como cualquier otra metodología, presentaba la metodología deconstructivista basada en la explicación de los textos legales, en un segundo estadio de desarrollo del movimiento, los *Critical Legal Studies* enfocarían sus esfuerzos hacia la investigación en teoría social.

A tales efectos, los *Critical Legal Studies* comenzaron con una serie de asunciones normativas simplificadas, asunciones concernientes, por ejemplo, al deseo activo del individuo de participar en la vida en comunidad o el valor del marco institucional que sistemáticamente reduce las desigualdades económicas. Estas asunciones permitían al académico crítico sugerir reconstrucciones de secciones enteras de estudio del Derecho, por ejemplo, el derecho laboral, la inversión en la banca, o la elaboración de la decisión judicial etc. (The Harvard Law Review Association 1982, 1684) Este tipo de asunciones podían generar a su vez otras variables, otras opciones a las concepciones y teorías tradicionales e inapelables del Derecho desde el punto de vista social e insinuarían algunas reconstrucciones importantes en los diversos ámbitos de la cultura jurídica.

No obstante, la incursión que llevan a cabo los Critical Legal Studies en la teoría social fue extremadamente prudente y vigilante, con el objeto de evitar el “divorcio de los académicos críticos” que

aventura Bourdieu; en palabras de Bourdieu “una movida total dentro de la teoría social divorciaría los académicos críticos (Critical Legal Studies) de su especialidad – la investigación del fenómeno jurídico – y podría dejarlos con un potpurri de ideas inconmensurables, sólo tangencialmente relacionadas con las posibilidades para la transformación de una realidad social existente”(Bordieu 1977, 76)

El propio Duncan Kennedy, líder indiscutible de los *Critical Legal Studies*, también se pronunciaría al respecto cuando señala que “mucho del trabajo crítico, en la vena escéptica, ha sido una reinención, o adaptación a nuevos propósitos no pertenecientes a Weber, de ruedas de Weber”, al hacer énfasis en el momento decisorio del filósofo, sociólogo y jurista alemán. Desde la posición pragmatista y fenomenología de Kennedy, es de donde se deriva una de sus conclusiones críticas del Derecho: *la pérdida de fe en el razonamiento jurídico*.

Tal conclusión de Kennedy proviene sin duda alguna de su perspectiva sobre el legalismo liberal inspirada en los componentes del legalismo liberal dilucidados por Max Weber, los cuales condensa de forma acertada Upendra Baxi (BAXI : 1982) en su obra sobre la crisis del ordenamiento jurídico hindú de la siguiente manera:

“Primero, el liberalismo legal es esencialmente positivista en el sentido de que postula que sea lo que sea promulgado como una norma por aquellos que tengan competencia legal para hacerlo, y de acuerdo con procedimientos prescritos, es Derecho.

Segundo, la normal legal podría ser establecida ‘por acuerdo o imposición, por razones de conveniencia o valores racionales, o ambos’. Pero fuese como fuese establecida, sobre cualesquiera principios, las normas legales ‘establecen una demanda de obediencia’ por parte de los que están sujetos a la autoridad política. Tercero, ‘cualquier cuerpo de Derecho consiste esencialmente en un sistema consistente de reglas abstractas’. ‘La Administración del Derecho consiste en la aplicación de esas reglas a casos particulares’. Quinto, la obediencia a la ley es también impersonal: esto es, que la persona que la obedece lo hace como un ciudadano (en su capacidad como un miembro de un grupo “corporativo”) y “lo que obedece es solamente la ley”. Se debe obediencia no a las personas en autoridad, pero si al “orden impersonal”. Por lo tanto, se deduce “(...) que hay una obligación de obediencia solamente dentro de la racionalidad determinada por la autoridad” que ha sido conferida “en términos de ese orden” sobre ciertas personas”. (Baxi 1982, 34)

En este juego de influencias con la teoría social, y retomando para ello las propuestas de Weber, uno de los teóricos críticos legales más destacados del movimiento de los *Critical Legal Studies*, Roberto Unger, formula de forma acertada los cuatro niveles de autonomía de la ley:

Autonomía sustantiva. Es la autonomía que hace referencia a que el Derecho no se puede explicar de otra forma diferente que no sea con términos jurídicos o legales. Explicado de otro modo, el Derecho sería auto-referencial, no hace relación a nada más, no

puede reducirse al nivel de un mero medio para conseguir un fin, el Derecho en sí es el fin.

Autonomía institucional. Esta segunda autonomía se refiere al hecho de que las instituciones legales como las Cortes están separadas de otras instituciones del Estado y se encuentran destacadas en el principio fundamental de la independencia judicial.

Autonomía metodológica. La tercera autonomía tiene que ver con el hecho de que la ley tiene, o al menos intenta reivindicar su forma propia y diferente de razonamiento y las justificaciones para sus decisiones.

Autonomía ocupacional. La última de las autonomías está relacionada con el hecho de que el acceso a la ley no es inmediato, sin embargo, se puede obtener a través de las profesiones legales como el Derecho. Estos profesionales actúan como que actúan como guardianes y que ejercen un alto grado de control independiente sobre la forma en que funciona el ordenamiento jurídico.

4.4. La crítica pura: Una aproximación metodológica

El temor de desarrollar una *crítica pura* como aproximación metodológica ha sido siempre el riesgo de generar la presencia de un vacío indeterminado entre la teoría crítica y la práctica jurídica ya que si ese criticismo no se vincula a hechos sociales específicos ni se trazan mecanismos para que pueda adaptarse a esa realidad, puede tener serios problemas en cuanto su utilidad y eficacia. En otras palabras, se podría afirmar que, “el criticismo doctrinal abstracto, particularmente si se disocia de demostraciones de

injusticias sociales existentes y no acompañadas de una visión sustantiva que sugiere vías para su implementación, es muy probable que sea descartado”.⁷⁴

Es de gran importancia tener en cuenta que si los cambios, transformaciones o alteraciones en las percepciones que los *Critical Legal Studies* tuvieron acerca o en torno al discurso jurídico se hubiesen enfocado única y exclusivamente, y sin una visión elaborada hacia el proceso de la adjudicación, o hacia la enseñanza del derecho, entre algunos de sus temas fundamentales, el plan de trabajo o metodología que sugiriera una amplia transformación en la concepción de una teoría crítica del derecho dominante, pudo dar como producto un proyecto metodológico fallido o simplemente desechado en el ámbito de la teoría filosófico-política moderna, así lo consideran algunos críticos o detractores del movimiento.

No obstante, ante la posición de sus detractores, resulta substancial destacar que esta metodología crítica, que caracterizó la primera fase de los *Critical Legal Studies*, fue concebida como una etapa previa a la construcción de alternativas sociales y jurídicas que se pudiesen convertir en grandes proyectos de transformación política, existió un gran optimismo en esa posibilidad de avanzar constructivamente sobre ese campo arado por la crítica pura como

⁷⁴ La simple demostración de irracionalidad es insuficiente para acumular el cambio sin una preocupación preexistente por la transformación social. La revelación de contingencia y contradicción debería estar acompañada por la sugestión de que realidades despreciadas o valores apreciados pueden ser abolidos o realizados, respectivamente (Baxi 1982, 203)

aproximación metodológica en la génesis de los CLS que se vería reflejado posteriormente en sus siguientes fases y en el estado actual del movimiento.

4.5. El método de análisis de la Genealogía Histórica

La genealogía es otro de los métodos de análisis o metodologías usadas por los *Critical Legal Studies* y consiste básicamente en historiar el pensamiento jurídico, lo que supone la revelación de los postulados históricos de la corriente jurídica imperante, desvelando su falta de naturalidad, su naturaleza ficticia, su positividad.

Esta técnica puede resumirse como un híbrido, una combinación entre la Deconstrucción y la *crítica pura* pero aplicadas a la historia del Derecho, haciendo énfasis en las contingencias de las argumentaciones y razonamientos que el operador jurídico ha propuesto a través de la historiografía de las ciencias jurídicas.

Uno de los autores más destacados del movimiento, Robert W. Gordon, considera que la genealogía es otra técnica para llamar la atención y despertar la conciencia acerca de las formas maleables, problemáticas y transitorias en que el discurso legal divide el mundo que es escribiendo su propia historia(R. W. Gordon, *Critical Legal Studies as a Teaching Method* 1989).

La genealogía rastrea los orígenes históricos de una doctrina específica, buscando pistas sobre cómo fue que nació y las condiciones que se presentaron cuando ello sucedió. También se le ha asociado con Friedrich Nietzsche quien buscó descubrir los

orígenes de ideas como las del “mal” y el “bien” a través de la historia.

En sus observaciones sobre las teorías críticas del derecho, Núñez Vaquero hace referencia a la genealogía como método de análisis usado por los CLS y la describe como “la historización de la ideología jurídica, esto es, mostrar los presupuestos históricos de la ideología jurídica dominante, mostrando su positividad, su artificialidad. En realidad, la genealogía puede describirse como la aplicación de los dos anteriores métodos a la historia del derecho, es decir, una historia del derecho que haga hincapié en la contingencia de las soluciones propuestas por los juristas en diferentes periodos históricos”. (Núñez Vaquero 2010, 418)

El concepto de genealogía fue tomado del filósofo de origen francés Michael Foucault y traducido al universo de los CLS como la historiografía de categorías jurídicas como público, privado, corporación o propiedad. En este sentido, y de acuerdo Robert W. Gordon, los CLS han elaborado sus contribuciones más relevantes al pensamiento legal actual.

En términos filosóficos, la genealogía es una técnica de carácter histórico que pone en tela de juicio el advenimiento generalmente entendido de diferentes creencias de tipo filosófico y social, exponiendo historias disyuntivas y agitadoras de su desarrollo.

Esta técnica o método de análisis filosófico no se cuestiona por la génesis de las ideas o de los valores, lo que hace es revelar de qué

manera surgen como resultado de relaciones de fuerza que se producen en la sociedad a partir de determinados hechos de su historiografía.

El uso de la genealogía por parte de los CLS se puede apreciar a través del caso expuesto por uno de sus miembros más célebres, Robert W, Gordon, en su planteamiento sobre los huelguistas en los centros comerciales. Siguiendo una línea tradicional, los juristas han analizado este problema como una pugna de derechos, por un lado, el derecho a la libertad de expresión por parte de los de los huelguistas y, por el otro, el derecho a la propiedad que ostentan los propietarios del centro comercial. De acuerdo a Gordon, "la historia puede ayudar, en este caso, señalando las obligaciones que de forma tradicional el derecho exige en compensación por las garantías ofrecidas para proteger la propiedad privada". (R. Gordon 1984, 16).

PARTE II

5. *CRITICAL LEGAL STUDIES*: SINERGIAS DE TRANSFORMACIÓN EN EL DERECHO

Como manifestara Robert M. Unger en su importante manifiesto a propósito del movimiento de los Critical Legal Studies, *“(...) dicho movimiento ejemplifica una forma de acción transformativa en una manera limitada y preliminar. Como tal, da una respuesta original a una experiencia específica de restricción y decepción, una situación cuyas características más básicas se han convertido en cada vez más comunes”.* (Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement* 1986, 109)

Para entender el trasfondo de esta afirmación de Unger, es preciso identificar y analizar las características “restrictivas” de aquel momento histórico en el cual los *Critical Legal Studies* emergen como una contestación, tanto teórica como práctica, a la ortodoxia de la teoría del Derecho. El análisis de Unger nos permite apreciar la relación existente entre la parte teórica y práctica de este movimiento crítico del Derecho y nos brinda la posibilidad de ver que el movimiento ha ido más allá de una simple, casual y momentánea conexión entre la teoría y la práctica del Derecho, característica esa última que ha permitido distinguir a los movimientos de izquierda en el derecho moderno.

5.1. Las áreas de acción transformativa de los *Critical Legal Studies* de acuerdo a Roberto Unger

Las “acciones transformativas” que los *Critical Legal Studies* llevan a cabo en los diversos escenarios de Teoría y Crítica del Derecho, y que nosotros vamos a analizar en los siguientes subapartados, buscan posicionarles como movimiento de reacción que sirva de ejemplo de renovación.

Asimismo, como veremos a continuación, el entorno más inmediato de ejercicio de la actividad transformativa de los *crits* se encuentra sobre todo en los propios claustros académicos -más precisamente en las Facultades de Derecho de las principales universidades norteamericanas-, donde se les inculca a los estudiantes métodos de análisis del ordenamiento jurídico al modo de repositorio de propósitos, principios y políticas inteligibles. El mensaje explícito a este respecto de los *Critical Legal Studies* en su crítica al formalismo y al objetivismo muestra el trasfondo esencial de este movimiento de denegación.

5.1.1. La restauración democrática de la vida en sociedad

A juicio de Roberto Unger, la primera de las acciones transformativas emprendidas por los *Critical Legal Studies* se enmarcaría en una “restauración” o “vigorización” democrática aplicada al ejercicio del poder del Estado que, en su calidad de doctrina desviacionista programáticamente inspirada, permitiera liderar una reforma revolucionaria mediante el abastecimiento de una serie de oportunidades para la movilización colectiva, ya sea (i) de forma directa como (ii) de forma indirecta. (i) *De forma directa*, a

través de una reforma al sistema de derechos y (ii) de forma indirecta, por medio del estímulo a formas de asociación que se contrapongan al orden institucional que no han logrado substituir, lo que se traduce en la creación de alternativas válidas a los prototipos o modelos de vida social imperantes en el medio.

Otra forma de actividad transformativa apuntada por Unger se refiere al desarrollo de habilidades de bajo nivel y técnicas sofisticadas de alto grado de manipulación argumentativa de los agentes jurídicos para alcanzar un avanzado nivel de *experticia profesional que inflencie el ejercicio del poder del Estado* y la defensa de intereses individuales o de determinados colectivos dentro de un marco de referencia. De acuerdo a Unger, para los *Critical Legal Studies*, “(...) *la práctica del Derecho debe ser, y hasta cierto punto siempre lo será, la defensa legal de intereses individuales o de grupo a través de métodos que revelan la especificidad del orden institucional e imaginativo subyacente que la sometan a una serie de pequeñas perturbaciones capaces de escalar en cualquier momento, y que sugieren formas alternativas de definición de los intereses colectivos, identidades colectivas, y asunciones sobre lo posible*”. (Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement* 1986, 109)

5.1.2. La coexistencia de una osada revolución en el ámbito de las relaciones personales con la repetición y deriva en la lucha por el poder y la estructura de las instituciones sociales

Esta segunda “acción transformativa” de los *Critical Legal Studies* busca liberar las relaciones pasionales, sentimentales que existen entre las personas del efecto restrictivo de un plan existente

en el trasfondo que busca que la división social y la jerarquía unifiquen, combinen las experiencias y oportunidades asociadas con diferentes categorías sociales o de género. De esta manera, la “revolución cultural” estaría sometida a algo corrupto, amoral o si se quiere “perverso”. En palabras de Unger, “(...) la búsqueda infeliz de la gratificación y autorrealización toma prioridad sobre todos los otros modos de subjetividad o solidaridad”. (Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement* 1986, 115).

5.1.3. El rechazo a los falsos dilemas de la reforma conservadora y la anulación del contraste entre las políticas de las relaciones personales y las de la estructura institucional a larga escala

Esta tercera “acción transformativa” según Unger apunta a la ventaja que presente el carácter altamente segmentado de la vida social, de su fragmentación en prerrogativas organizadas de forma jerárquica con el fin de experimentar con otras formas de vida social capaces de superar las controversias existentes entre la política y la realidad de la experiencia social. Los *Critical Legal Studies* se encargan de ejemplificar un modo semejante de actividad con las oportunidades y restricciones que son inherentes al hecho de trabajar en un entorno de pensamiento y práctica jurídica.

Este esfuerzo transformativo del movimiento requiere de un liderazgo, de una guía proporcionada por el ejercicio de un progreso interno y de una intuición visionaria. Pese a esto, Robert M. Unger afirma que existe una salvedad significativa en la discontinuidad entre método y objetivo y, más concretamente, señala que “(..) la visión programática tiene uno enfoque para hacer la vida social

permanentemente más hospitalaria a una actividad transformativa que también represente un modo de empoderamiento". (Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement* 1986, 117)

5.1.4. La identificación de las contradicciones de la doctrina jurídica

En la literatura de los *Critical Legal Studies* podemos encontrar testimonios de algunos de los críticos más prominentes que, como Roberto Unger, claman que la doctrina jurídica liberal está plagada de contradicciones. Esta afirmación no se refiere a la teoría liberal del derecho como tal, sino al conjunto de normas y doctrinas que constituyen el derecho en un Estado liberal.

Formular simplemente que existen contradicciones al interior del Derecho sería quedarnos cortos a la hora de tratar de sistematizar el conjunto de aportaciones críticas desarrolladas por los principales partidarios del movimiento de los *Critical Legal Studies*. La teoría sobre la existencia de contradicciones al interior de la doctrina jurídica es condensada por Andrew Altman quien en su obra *Critical Legal Studies: A liberal critique* en una serie de tres contradicciones esenciales.

(i) La primera de ellas es la tesis de que la doctrina jurídica es una amalgama de normas sin principios que derivan de puntos de vista éticos claramente incompatibles, esta teoría es bautizada como "*patchwork thesis*" o "tesis de la amalgama" por Altman(Altman, *Critical Legal Studies - A Liberal Critique* 1993, 105). En esta primera tesis coinciden dos afirmaciones diferentes pero que se encuentran enlazadas. (i.1) La primera asevera que es imposible

proveer una reconstrucción racional del cuerpo de la doctrina legal a través de la derivación de sus normas de un conjunto consistente de principios subyacentes. (i.2) La segunda afirmación establece que la razón para esta imposibilidad es que la reconstrucción de ciertos elementos importantes de la doctrina requerirá principios desde un punto de vista ético particular, mientras la reconstrucción de otros elementos importantes de la doctrina requerirá principios contradictorios desde un punto de vista ético incompatible⁷⁵. Altman nos brinda a través de su “tesis de amalgama” una visión adicional del tema en cuestión. Como el propio Altman establece “(...) la importancia central de la tesis de la amalgama para los CLS reside en la creencia de los teóricos críticos de que la tesis es inconsistente con los requerimientos de la teoría jurídica liberal. La teoría liberal, sostiene, demanda que nuestra doctrina jurídica sea dócil a la reconstrucción racional en términos de algún conjunto consistente de principios normativos. El carácter de amalgama de la doctrina vence la posibilidad de cualquier semejante reconstrucción racional, de acuerdo a la posición de los CLS y, por lo tanto, confronta a los liberales con la elección de rechazar nuestro sistema de derecho o los requerimientos establecidos por la teoría liberal del derecho”(Altman, *Critical Legal Studies - A Liberal Critique* 1993, 117-118)⁷⁶.

⁷⁵ En la literatura de los *Critical Legal Studies*, Duncan Kennedy representa los puntos de vista incompatibles en cuestión a través de los modelos de individualismo y altruismo.

⁷⁶ En esta cita de Altman destacan dos elementos importantes. El primero es que los CLS consideran que la tesis de la teoría jurídica legal liberal es inconsistente al

(ii) La segunda tesis es que la doctrina jurídica puede ser organizada en formas radicalmente diferentes dependiendo de cuál de los puntos de vista éticos incompatibles se adopte. Altman califica a esta segunda tesis como “tesis del pato-conejo” (*duck rabbit thesis*). Esta tesis está dirigida principalmente al contenido del Derecho privado y sugiere que podría darse un cambio en la comprensión de la cultura jurídica si sus extremos éticos se intercambiaran y se pasara de la hegemonía del individualismo a la hegemonía del altruismo. El autor manifiesta que la diferencia entre ambos se manifiesta directamente en el Derecho y no en la incompatibilidad de una norma con otra en la forma en que se encuentran estructuradas. En otras palabras, la batalla entre el altruismo y el individualismo se remite exclusivamente a la forma en que la doctrina está estructurada y no así a sus contenidos. De esta manera -y coincidiendo con la disertación de Altman sobre la naturaleza del individualismo y del altruismo-, Altman llega a la conclusión de que el “el individualismo implica una cierta forma de estructurar las normas doctrinales; el altruismo implica la estructuración inversa de esas mismas normas”. (Altman, *Critical Legal Studies - A Liberal Critique* 1993, 130). Y es precisamente este el punto de discrepancia con la primera tesis apuntada - la llamada “tesis de la amalgama)- donde el Derecho deja de ser concebido como una mixtura o fusión de normas en conflicto que provienen de

requerir que la ley sea flexible, dúctil a la reconstrucción racional basada en determinados principios legales. El segundo elemento es que el perfil de amalgama de la doctrina descarta cualquier opción de una reconstrucción racional, suscitando una elección por parte de la teoría liberal del derecho de rechazar el ordenamiento jurídico o las exigencias trazadas por ella misma.

puntos de vista éticos distintos, sino como algo análogo a la figura del “pato-conejo”, que, sin ninguna modificación a su estructura, puede cambiar su apariencia dependiendo de cómo se perciba. En definitiva, la metáfora del “pato-conejo” es una forma efectiva que utiliza el Altman para distinguir esta segunda de la primera, ya que se trata de una ilusión óptica en la cual apreciamos un dibujo que, dependiendo de la forma en que la persona lo perciba, puede ser, o bien un conejo, o un pato y de este modo, pese a que las perspectivas éticas continúen inmodificables, la apariencia del Derecho cambiará de acuerdo a cómo sean apreciado.

(iii) En tercera y última instancia tenemos la llamada “tesis del truncamiento” (*truncation thesis*) que señala que los principios subyacentes a las normas jurídicas no son consistentemente aplicados a todos los casos sobre los cuales sus proponentes reclaman autoridad moral, por lo que las doctrinas y normas legales son manifestaciones truncadas de las expresiones de los principios éticos que las conforman. De acuerdo con Altman, las normas pueden ser truncadas en dos situaciones específicas: (iii.1) cuando un principio ético entra en disputa no sólo con un principio incompatible sino también con fuerzas de interés fraccionadas o interés propio y (iii.2) cuando chocan con perspectivas éticas acerca de qué principio debería ser reconocido como el núcleo moral y legal y cuál de la periferia. En otros términos, y en contraste con la primera tesis de la amalgama, la “tesis del truncamiento” puede considerarse como verdadero incluso en aquellas situaciones en que la tesis de la amalgama puede resultar falsa.

Pese al elocuente intento de sistematización de Altman, consideramos pertinente hacer referencia adicional a otro miembro destacado de los Critical Legal Studies, el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford Mark G. Kelman, para quien las tres contradicciones esenciales que podemos encontrar en el pensamiento liberal serían las siguientes: (i) en primer lugar, la contradicción entre el compromiso de las normas jurídicas bajo el cual se aplican de forma automática y los estándares legales que mutan de acuerdo al caso específico; (ii) en segundo lugar, la contradicción entre la subjetividad de los valores, la objetividad de los hechos y la objetividad de verdades éticas y sociales y, por último, (iii) la contradicción entre la voluntad propia o libre elección y el determinismo que condiciona el acto volitivo del sujeto al resultado esperado que impone el *statu quo*.

(i) La primera contradicción se refiere básicamente a uno de los temas de más álgido debate al interior de los *Critical Legal Studies* como lo es la libertad y restricción en la decisión judicial, abordado con la suficiente profundidad por Duncan Kennedy en su obra del mismo nombre *Freedom & Constraint in Adjudication* (D. Kennedy, Libertad y Restricción en la Decisión Judicial 1999). Bajo esta premisa inicial, los jueces se sienten compelidos a aplicar la norma jurídica al caso concreto de forma mecánica, designando la aplicación de reglas básicas a unos hechos específicos que son fácilmente determinables, pese a que el producto de tal aplicabilidad de la norma sea contrario a lo que busca la política pública detrás de la norma jurídica. En otras palabras, por la

coerción que ejerce la norma sobre el juez, éste se ve obligado a aplicar la norma independientemente de que viole el fin ulterior para el cual fue creada por el órgano legislador o vaya en contravía de la política pública a favor de la cual ha sido instaurada.

(ii) Uno de los temas principales que aborda Roberto Unger en su obra de 1976 *Knowledge and Politics*, la cual que constituirían la génesis del movimiento de los Critical Legal Studies (Mangabeira Unger, *Knowledge and Politics* 1976), es el que hace precisamente alusión a la segunda contradicción del pensamiento liberal señalada por Kelman. La característica primordial de la perspectiva liberal es que se encuentra altamente comprometida con una doble visión de la moral y del conocimiento científico, basada en que existe una distinción sustancial, tanto entre hechos y valores, como entre la razón y el deseo. De acuerdo a Unger y Kelman, la postura esencial tanto de la cultura dominante, como de la teoría social liberal, es que las creencias o los valores acerca de lo que las personas consideran significativo a seguir en la vida son vistos como simples gustos, se trata de afirmaciones completamente incoherentes, arbitrarias del hombre. *“La razón es completamente independiente del deseo - señala Kelman- el deseo impulsa, la razón trata simplemente de lograr lo que deseo demanda buscar. El deseo no es sólo subjetivo e individual sino también individualizador; es decir, nos distinguimos el uno del otro por nuestras necesidades, mientras que la razón y la percepción son universales”*. (Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies* 1987, 65)

(iii) Por último, en relación a la tercera contradicción apuntada por Kelman, esta tesis sobre la contradicción y la incoherencia de la doctrina jurídica liberal puede aclararse “(...) mostrando que en muchas instancias una batalla más encubierta entre discursos intencionalistas y determinísticos continúa en el área criminal precisamente porque cada discurso está disponible para todos... y mostrando que incluso en áreas donde uno raramente se enfoca en el tema del choque entre intencionalismo y determinismo, el apego oscilante inconsciente de cada una de estas formas de discurso hacen no solo de los esquemas de justificación, sino también de la práctica diaria, indeterminada”. (Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies* 1987)

Para terminar, es importante señalar que, en la literatura de los *Critical Legal Studies*, la premisa sobre la contradicción del Derecho es defendida casi que de forma exclusiva en referencia a la doctrina jurídica anglo-americana y, por consiguiente, en relación a las leyes pertenecientes a todos los posibles Estados liberales, situación que no priva de que tal premisa o tesis pueda hacerse extensiva a otros Estados de la misma naturaleza liberal o a contextos geopolíticos diferenciados, como es el caso de Sudamérica, en general y más concretamente, Colombia.

5.2. La transformación de la enseñanza del Derecho: Sinergia de cambio en los Critical Legal Studies

“Kennedy fue pionero en la promoción de un ataque radical contra los nocivos efectos de la

educación jurídica tradicional, al mostrar de qué modo, tanto a través de los contenidos como de las formas de la enseñanza – verticalistas, cénicas, competitivas, individualistas -, las escuelas de derecho formaban (y sobretodo reformaban) a camadas de estudiantes. Y Kennedy fue, también, pionero en ofrecer alternativas, igualitarias y radicales, contra la reproducción de la jerarquía. Sus objeciones permanecen, hasta hoy, como puntos de cita y referencia ineludible para quienes quieren pensar críticamente sobre la enseñanza legal”.⁷⁷

Uno de los temas de mayor preocupación para los integrantes del movimiento de los *Critical Legal Studies* ha sido la forma en que se ha impartido la educación legal en las facultades de derecho. Esta

⁷⁷ Este extracto hace parte de la presentación de Robert Gargarella en la traducción al español de la obra de Duncan Kennedy “Legal Education and the Reproduction of Hierarchy”, convenientemente traducida como “La Enseñanza del Derecho como acción política” (D. Kennedy, La enseñanza del derecho como forma de acción política 2012, 11, 12)

es quizás una de las características más atractivas de esta corriente o movimiento filosófico, toda vez que la gran mayoría de escuelas antiformalistas y teorías críticas del derecho habían obviado el tema dentro de su agenda, o simplemente no llegaron a desarrollarlo en aquel entonces⁷⁸. Todo apunta a que el interés de los *crits* por abordarlo nace como parte de la herencia que recibe sus ancestros intelectuales, nos referimos más precisamente al Realismo.

En su momento, la escuela realista criticó y atacó las metodologías de enseñanza impuestas a finales del siglo XIX por Christopher Columbus Langdell⁷⁹, principalmente en lo relacionado con la idea de separar el derecho de otras disciplinas de las ciencias sociales como la sociología o la filosofía (Molina Ochoa 2015, 447). De hecho, algunos doctrinantes norteamericanos como Robert

⁷⁸ Los primeros artículos y publicaciones de Kennedy sobre la enseñanza del Derecho datan de 1982, véase “Legal Education and the Reproduction of Hierarchy” (D. Kennedy, Legal Education and the Reproduction of Hierarchy 1982). No obstante, el autor ya había hecho una presentación inicial de este artículo dos años antes (1980), acontecimiento sobre la cual hace una importante aclaración en la traducción a su obra al castellano, principalmente en lo relacionado con los ejemplos presentados en el texto: “Presenté una versión anterior de este artículo en un seminario académico en la Facultad de Derecho de la Universidad de Victoria, Victoria, Columbia Británica, en febrero de 1980, donde asistí como profesor visitante. He optado por conservar aquí los ejemplos que pensé para los oyentes canadienses. Agradezco los comentarios que aportaron amigos y conocidos en esa ocasión” (D. Kennedy, La enseñanza del derecho como forma de acción política 2012, 13 - pie de página)

⁷⁹ Langdell fue el decano de la facultad de Derecho de la Universidad de Harvard desde 1870 hasta 1895, realizando reformas al sistema educacional y administrativo que se impartía en la época. Defendió y aplicó los principios del pragmatismo a la enseñanza del Derecho. No obstante, el aporte más importante que introdujo como profesor de derecho en aquel entonces fue la sustitución de las lecturas y textos por el estudio de casos en las facultades de derecho (Schofield 1907, 273)

Rubinson han llegado a proponer una Escuela de Derecho basada en los principios del Realismo Jurídico Norteamericano y en honor a su precursor Oliver Wendell Holmes, quien ha sido considerado por muchos, al lado de John Marshall, como uno de los jueces más relevantes en la historia del derecho estadounidense, y quien aparece con cierta frecuencia en los textos de teoría y filosofía jurídica en España, al igual que en obras sobre pensamiento jurídico y sociología del Derecho(Lloredo Alix 2007, 253)

Hasta el día de hoy, facultades de Derecho como la de la Universidad de Harvard, brindan especial relevancia al aporte del Realismo Jurídico en la estructura de su plan de estudios y a su influencia en la academia legal. A través de asignaturas o cursos de Harvard como el de *Legal Realism*⁸⁰, se aborda el estudio de los textos centrales del movimiento para examinar la presencia actual de esta escuela en el pensamiento y educación jurídica norteamericana.

Los *Critical Legal Studies* retoman este legado realista, ahondando en la enseñanza del derecho como una de sus preocupaciones principales como movimiento, a través de autores como Robert W. Gordon⁸¹ quien en 1999 no dudó en condensar la

⁸⁰ Para más detalles, véase el Course Catalog (catálogo de curso) de la asignatura Legal Realism conducida actualmente por el profesor Daniel Farbman en la web oficial de la Universidad de Harvard visitando el siguiente enlace: <http://hls.harvard.edu/academics/curriculum/catalog/default.aspx?o=71259>

⁸¹ Véase “Critical Legal Studies as a teaching method”(R. W. Gordon, Critical Legal Studies as a Teaching Method 1989), obra donde Gordon explora las facetas “políticamente incorrectas” de los Critical Legal Studies como método de

premisa principal de los CLS respecto de la enseñanza del derecho así:

"La premisa principal de CLS respecto de la enseñanza del derecho es ésta: que las formas convencionales de discurso jurídico, (los significados; la forma en que los generadores del derecho, tales como administradores, jueces, estudiosos, abogados practicantes y profesores hablan y analizan cotidianamente la vida social y el rol del derecho como regulador de esta última), son prácticas políticas y más aún, prácticas que producen efectos sociales innecesariamente conservadores en la mente de quienes se involucran en ellas. Más que cualquier otra cosa, los CLS son sólo un conjunto de técnicas con el objetivo de tratar de agitar este estado mental y sacarlo de su nube de complacencia"(R. W. Gordon, Conferencia Brendan Brown: la teoría crítica del derecho (Critical Legal Studies), como método de enseñanza del derecho 1999, 147-172)

A pesar de la gran importancia de los aportes de Gordon y otros miembros del movimiento en cuanto a la enseñanza del derecho, ha sido Duncan Kennedy el integrante más activo de la corriente filosófica en cuanto a la producción intelectual y propuestas en torno a este tópico esencial que siempre se ha instituido como una de sus piedras angulares. De hecho, resulta más que propicio para este capítulo en particular, hablar de las tesis o simplemente "ideas" del mencionado autor que considero, resumen

enseñanza del Derecho y la emergencia del movimiento como un fenómeno político-cultural.

adecuadamente la preocupación del movimiento por la forma en que el Derecho se imparte en las aulas de clase.

La primera de ellas es la que considera a la educación legal como preparación para la jerarquía (D. Kennedy, *La educación legal como preparación para la jerarquía* 2004), y que define a las aulas de clase de las facultades de derecho como lugares donde se ejerce una intensa actividad política, lo que en palabras de Kennedy se describe como “(...) un entrenamiento ideológico para servir voluntariamente la jerarquía del Estado de bienestar empresarial. (...) Lo que pretende inculcar es que es natural, eficiente y justo que los estudios jurídicos, la profesión de abogado en general, y la sociedad a la que los abogados prestan sus servicios estén organizados de acuerdo a los patrones actuales de jerarquía y dominación” (D. Kennedy, *La educación legal como preparación para la jerarquía* 2004, 117).

Desde esta óptica del autor, podemos afirmar que las facultades de Derecho son herramientas o instrumentos que utiliza la jerarquía dominante para perpetrar su ideología, dejando poco o ningún espacio para que los estudiantes puedan desarrollar otras formas alternativas de la praxis del Derecho que les permitan asumir una actitud más crítica⁸² o al menos más propia o personal

⁸² “Sería extraordinario que un estudiante de primer año pudiera, por sí mismo, desarrollar una actitud crítica hacia el sistema. Los estudiantes que recién ingresan simplemente no saben lo suficiente como para darse cuenta que el profesor está diciendo tonterías, exagerando o distorsionando el “razonamiento” y la realidad jurídica”. (D. Kennedy, *Critical Legal Studies - La educación como preparación para la jerarquía* (fragmento) 2012, 9)

acerca de lo que sucede en su entorno y les exige su realidad social particular.

El profesor Pérez Lledó, autor de quizás la obra más relevante sobre los *Critical Legal Studies* en español⁸³, sintetiza este punto de forma congruente en su obra al referirse a las facultades de derecho como “fábricas de abogados corporativos” así: *“C.1. - Las facultades de Derecho como fábricas de “corporate lawyers” Más concretamente: Las facultades de Derecho canalizan a sus estudiantes hacia aquellos lugares de la jerarquía de la profesión que son más acordes con su propio estatus institucional en la jerarquía existente entre las facultades, incapacitándoles virtualmente para el ejercicio de prácticas profesionales alternativas”*. (Pérez Lledó, *El Movimiento Critical Legal Studies* 1996, 223)

La segunda preocupación de la cual se desprende la tesis de Kennedy nace en el trasfondo político que subyace en la elaboración del plan de estudios de las facultades de Derecho. Su tesis es muy simple: “el componente doctrinal de derecho privado del plan de estudios es políticamente de centroderecha. Y existe un desequilibrio manifiesto con la parte de centroizquierda. La parte de centroizquierda carece del carácter monolítico del elemento doctrinal del derecho privado. Es una colección de elementos curriculares dispares, que incluyen el derecho público (como

⁸³ Véase como referencia la tesis doctoral “El movimiento ‘Critical Legal Studies’” defendida en 1993 por el profesor Lledó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante, editada más tarde (1996) en forma de libro por la editorial Tecnos (Pérez Lledó, *El Movimiento Critical Legal Studies* 1996)

opuesto al derecho privado), el derecho procesal, la enseñanza clínica del derecho, los estudios interdisciplinarios y la orientación de las políticas”. (D. Kennedy, *La enseñanza del derecho como forma de acción política* 2012, 16)

Bajo este criterio, se entiende que, en el plan de estudios de las facultades de derecho, se otorga primacía o un rol central a la doctrina en derecho privado que obedece más a un enfoque de centroderecha que de izquierda (o centroizquierda). Siendo la doctrina eje fundamental de la educación jurídica por haber sido primera en el tiempo que las propias universidades⁸⁴, asimismo, durante un largo período de tiempo se erigió como fuente esencial del derecho de la familia romano-germánica, ya que los principios generales del derecho no serían extraídos directamente de las universidades sino hasta el advenimiento de los siglos XIII al XIX (David y Jauffret-Spinosi 2010, 109)

En el momento en que las facultades de derecho orbitan su plan de estudios en torno al derecho privado y su doctrina, otorgan a determinados cursos o asignaturas una mayor o menor importancia, en otras palabras, “jerarquiza” el orden de importancia que otorga a cada una de ellas. De esta forma se crea un núcleo o centro sólido sobre el cual giran los demás cursos que quedan desplazados hacia la periferia del currículo o plan de estudios.

⁸⁴ “La doctrina jurídica romana se desarrolló a partir el siglo II antes de Cristo, alcanzando un elevado nivel de sofisticación durante el siglo III después de Cristo. Su redescubrimiento y estudio renovado en la Bolonia del siglo XI marcó el inicio de la creación de las universidades.” (Van Hoecke 2014, 128)

Esta “médula central” o núcleo está desprovisto de “contaminaciones” de centroizquierda, representadas por cursos interdisciplinarios y generalmente afines a las ciencias sociales como la sociología, filosofía, ética (y otros valorativos), derecho público, enseñanza clínica del Derecho, entre otros. En su lugar, el núcleo central de la enseñanza está compuesto por aquellos cursos que ayudan a desarrollar la parte técnica, racional y exégeta del futuro abogado que se muestra como el caparazón que cubre lo que yace al interior de la amplitud de la ciencia jurídica.

De esta manera, la doctrina en derecho privado se erige como el núcleo en la educación de los futuros juristas, y cuyo fin último es proveer a la enseñanza del derecho de un aspecto de racionalidad aparente:

“La disposición de estas reglas de Derecho privado en el núcleo estructurador del curriculum contribuye pues a dotarlas de una apariencia de racionalidad y de un carácter esencial o constitutivo de lo que es ser jurista, y al final es el mercado mismo el que queda subrepticamente legitimado como racional”
(Pérez Lledó, *El Movimiento Critical Legal Studies* 1996, 198)

De esta manera, se deja en la penumbra, se aíslan del plan de estudios los cursos con mayor contenido político que exigen de los estudiantes el desprendimiento de la aplicación y análisis riguroso, técnico y calculado del Derecho, desplazando aquellos que le exigen la respuesta a preguntas o cuestionamientos de orden social, humano, existencial, moral, ético, entre muchos otros. Esta situación termina, en gran medida, incidiendo y afectando el progreso

intelectual y humano de los futuros practicantes de las ciencias jurídicas, y da paso a la creencia tradicional de que el cambio o reformas sociales importantes están atadas o depende exclusivamente de las políticas y reformas estatales que regulan las situaciones de los particulares a través del derecho privado⁸⁵

La preocupación o el “temor” de la jerarquía para el mantenimiento del *statu quo*⁸⁶ frente a los cursos marginales o de la periferia en la enseñanza del derecho nace del poder intrínseco de éstos a la hora de modificar las políticas públicas o leyes tendientes

⁸⁵ “La estructura misma del currículo de las facultades de Derecho es pues emblemática de la noción de que el núcleo de la propiedad privada y de los acuerdos regulativos privados constitutivos del capitalismo decimonónico es racional, estructurado y central para la identidad de la abogacía, y de que en la medida en que esos acuerdos necesiten ser reconsiderados, puestos al día o reformulados, el modo apropiado de hacerlo es mediante la reforma a través del Derecho público vía ajustes intersticiales y ad hoc, es decir, principalmente mediante la regulación del tipo defendido durante el New Deal. De este poderoso conjunto de mensajes simbólicos los estudiantes de Derecho aprenden que la única manera de ver el mundo apropiada para un jurista es moderadamente, a través del conservadurismo moderado o del reformismo liberal. Aprenden que la única manera de pensar en el cambio social apropiada para el jurista es en términos de reforma atomizada, marginal e incremental a través de la regulación estatal de la conducta privada, es decir, que el New Deal representa el límite externo de la sabiduría humana en el arte de la política. Por último, aprenden que los juristas no poseen ni las aptitudes ni las preocupaciones apropiadas para la discusión y el análisis de cuestiones fundamentales de organización social y política y de cambio social profundo. La inculcación de esta colección de lecciones políticas inclinadas hacia un solo lado inhibe el progreso intelectual de los estudiantes”(Klare 1982, 339)

⁸⁶ Ya que el latinismo de *statu quo* ha sido utilizado tradicionalmente para significar el estado de las cosas en un momento dado, considero apropiado traer a colación la definición particular de *statu quo* concebida por Pérez Soriano, toda vez que se ajusta casi que perfectamente al significado específico que la acepción tiene en este tema concreto: “(...) las relaciones sociales dominantes que sólo favorecen a la minoría que detenta los medios de producción y el poder político”(Rojas Soriano 2002, 239)

a favorecer los intereses particulares de la clase tradicionalmente jerarquizada. Me refiero más concretamente a aquellos cursos que corresponden a ramas del derecho que tradicionalmente han tenido una mayor tendencia a proponer cambios o modificaciones en la normatividad existente, tal es el caso del derecho laboral o el administrativo que comportan una actitud más de tendencia centro-izquierdista (incluso algunas veces más izquierdista, como es el caso del derecho laboral). El retrato de esta realidad se encuentra con frecuencia en el legado de los *CLS*, aquí un ejemplo:

“Si consideramos el derecho administrativo, el laboral, el antimonopolio, el de utilidad pública y el tributario en su conjunto, veremos que esos cuerpos de leyes encarnan sin ambages la meta de modificar el statu quo a través de programas legislativos”(D. Kennedy, La enseñanza del derecho como forma de acción política 2012, 18)

No es difícil concluir que una de las posiciones más importantes de los *Critical Legal Studies* en cuanto a esta segunda idea o teoría sea la de abogar por una integración ecuaníme de todos los cursos en el plan de estudios de las facultades de Derecho. Ello con el fin no sólo de otorgar una formación más integral, humana y real al futuro abogado, sino también con el objeto renunciar a continuar alimentando esas estructuras de poder o jerarquías que trabajan para el *statu quo* al interior de las aulas donde se imparten las ciencias jurídicas. De allí que se abogue por incentivar la oposición a través de los cursos periféricos o ubicados en las “penumbras” de los currículos de estudio de las diversas

facultades de derecho. Aquí viene como anillo al dedo el ejemplo de D. Kennedy al hablar sobre la comprensión que vincula las opiniones de Alfred Thompson Denning⁸⁷ en materia contractual y de responsabilidad civil en su texto sobre la enseñanza del derecho:

“La única manera de comprender qué vincula las quince opiniones que Lord Denning sostiene acerca de los contratos con sus otras quince opiniones acerca de la responsabilidad civil es recurrir a las perspectivas de los estudios interdisciplinarios, el proceso jurídico, el derecho público, las políticas y la enseñanza clínica del derecho, La oposición dentro de la doctrina es simplemente incomprensible e ininteligible si no hacemos referencia a aquellas cosas que supuestamente están en la periferia”. (D. Kennedy, La educación legal como preparación para la jerarquía 2004, 39,40)

Por último, resulta más que relevante hablar de la propuesta de los *crits* de “politizar el aula”. Esta concepción difiere enormemente de la propuesta de profesores con tendencia liberal, incluso de aquellos que claman pertenecer a la corriente progresista, a menos desde el punto de vista educacional. Para Duncan Kennedy, concretamente, esta expresión hace referencia a enseñar los conceptos básicos o generales del derecho a través de la

⁸⁷ También conocido como “Lord Denning”, fue uno de los jueces más connotados del siglo pasado en el Reino Unido, su actividad judicial lo distinguió y erigió como un personaje carismático al acercarse, como ningún juez lo había hecho antes, al ciudadano común de la calle, profiriendo sentencias diáfanas y fáciles de comprender por las personas del común, a raíz de su particular estilo de redacción que siempre se caracterizó por ser elemental, asequible y pausado.

adopción de casos de la vida real o eventualmente factibles, con los que los estudiantes tengan la probabilidad de enfrentarse el día de mañana al ejercer su profesión como abogados.

No obstante, para que este proceso de “politización” del aula de clase sea efectivo, Kennedy propone determinados presupuestos. El primero de ellos es el relacionado con la utilidad de lo que se enseña, pedagógicamente hablando, esto es, que los casos que se traigan a clase sean útiles el día de mañana para los estudiantes, bien sea para pasar los exámenes de Estado como el Bar Exam⁸⁸ en los Estados Unidos que versa sobre casos reales:

“(...) los casos deben ser pedagógicamente útiles para que los estudiantes aprendan el derecho positivo”. (D. Kennedy, La enseñanza del derecho como forma de acción política 2012, 61)

El segundo presupuesto es que estos casos hipotéticos, reales, deben reflejar lagunas, contradicciones o ambigüedades en el ordenamiento jurídico imperante o en el derecho positivo. El fin de este tipo de casos, argumenta Kennedy, es que los alumnos tengan una amplia gama de alternativas a la hora de elegir qué reglas

⁸⁸ Para ser admitido al Bar Exam (examen de acceso), la obtención de un LL.M o equivalente es condición *sine qua non* ya que es necesario acreditar: 1) que se es Licenciado en Derecho y 2) que se han obtenido 20 créditos, incluyendo cursos troncales de Derecho Americano, en una escuela aprobada por la ABA. Normalmente, cualquier LL.M. será suficiente para acreditar tales requisitos, pero es aconsejable consultar previamente con la universidad. Por si se da el caso, sepan los graduados en programas de 3 años por Oxford, Cambridge o la Universidad de Londres que ellos disfrutaban de acceso directo al examen(Fortún Costea 2000)

pueden aplicar al caso concreto que se les presenta en el ejercicio futuro de su profesión.

Por último, el tercer presupuesto necesario para politizar el aula es una consecuencia de los dos anteriormente señalados, es que los casos planteados que contienen contradicciones o lagunas, deben dividir el aula en dos grupos perfectamente identificables: liberales y conservadores. Tal división debe ser lo más cercana posible a la mitad de la totalidad de los estudiantes del aula de clase para que ambos bandos queden “equilibrados”:

“(...) cuando les pido que voten sobre el resultado de un caso, (...), los estudiantes deberían encontrarse divididos entre dos reglas agudamente contrastantes y no obstante posibles para gobernar los hechos. O deberían posicionarse en un espectro izquierda / derecha de acuerdo a una cantidad de reglas posibles. (...) El objetivo es elegir un caso y debatirlo de modo tal que resulte absolutamente plausible elaborar un argumento jurídico, ya sea desde el resultado al que llegó la opinión mayoritaria o desde un resultado opuesto. Al margen de que haya o no disenso, el caso debe ser por lo menos potencialmente controvertido desde el punto de vista de los estudiantes”. (D. Kennedy, La enseñanza del derecho como forma de acción política 2012, 62)

El fin último de estas propuestas encaminadas a “politizar el aula” o hacer de este lugar académico un espacio eminentemente político, es que los estudiantes de derecho experimenten no sólo el aprendizaje de la doctrina, sino también que se enfrenten a los

conflictos, contradicciones y lagunas que ésta implica en el ejercicio futuro de la profesión.

Ahora bien, dividir el aula de acuerdo a la tendencia conservadora o liberal de los estudiantes comporta un fin específico, y es que creen alianzas políticas entre los que se identifican con una u otra doctrina, de esta manera empezarán a ver el ejercicio del derecho como una actividad eminentemente política, y podrán ver, de acuerdo a la propuesta educativa de Kennedy, qué tan difícil es evadir la naturaleza política inherente al derecho:

“Es difícil rehuir la sensación de que un argumento jurídico es indistinguible de un argumento político, lo cual es por lo menos problemático dado lo que usted pensaba antes de ingresar a la facultad de derecho, por lo que tiene que adoptar alguna posición existencial respecto de ese problema. Puede distanciar los argumentos si así lo quiere, pero yo intentaré dificultar el distanciamiento lo más posible”. (D. Kennedy, La enseñanza del derecho como forma de acción política 2012, 66)

En cuanto al proceso o la propuesta de “politizar el aula”, considero relevante remitirme a la interpretación o desarrollo que el profesor Pérez Lledó hace en su obra sobre los *Critical Legal Studies*, en vista de la importancia que reviste conocer la posición de una persona docta en este tema de estudio específico, principalmente en nuestra lengua:

“En el nivel más general, la idea que subyace a casi todas las propuestas podría expresarse diciendo que el proyecto educativo

*de CLS es el de "politizar" la enseñanza del Derecho. (...) el proyecto es moralizar la enseñanza del Derecho (en el sentido de mostrar el razonamiento jurídico como una forma de argumentación moral), o hacerla más crítica, o desenmascarar su carácter político oculto tras un disfraz de apoliticismo y de "rigor jurídico", o introducir en la enseñanza el discurso filosófico y político de fondo que forma parte inseparable del discurso jurídico. Más que adoctrinar en un catecismo político particular (del que, por lo demás, CLS carece), se trata de liberar las energías políticas reprimidas por la apariencia de racionalidad rigurosamente objetiva encapsulada en el slogan de "pensar como un jurista". (Pérez Lledó, *El Movimiento Critical Legal Studies* 1996, 237)*

Esta apreciación resulta más que interesante, principalmente porque el autor en mención integra en su análisis el axioma o máxima de Kennedy que afirma que "el derecho es política" (law is politics) pero lo extiende también a la enseñanza del derecho. Así lo hace cuando advierte que el proyecto que propone Kennedy (el de politizar el aula) es introducir el discurso político de fondo en la educación legal, ya que hace parte inseparable del discurso jurídico, creando una inseparabilidad o una fusión entre ambos discursos.

De esta manera, y bajo el anterior análisis, podemos afirmar que la tesis general de los *Critical Legal Studies* sobre el contenido eminentemente político del derecho, se extiende también a la forma en que las ciencias jurídicas se imparten en las diversas facultades, por lo que resultaría apropiado, o por lo menos nada descabellado

afirmar que “la enseñanza del derecho es política” (legal education is politics).

Luego de la anterior exposición y análisis de las propuestas de Kennedy, podemos deducir que el trasfondo de éstas yace esencialmente en ocuparse del problema de falta de perspectiva que tienen los estudiantes (o de asumir una posición determinada frente a una situación concreta) o de su asunción de que existe una aparente “neutralidad” en el estudio del derecho a través de convertir el aula de clases en un lugar con un ambiente político donde se creen debates a través de la argumentación jurídica y el conocimiento de la doctrina para que puedan perfilarse como individuos con la capacidad de proyectar su naturaleza política en el ejercicio de la profesión de cara al futuro:

“Lo que propongo es atacar el problema de la falta de perspectiva o la aparente neutralidad o la abstracción de los estudios jurídicos transformando el aula en un lugar donde los alumnos aprendan doctrina y argumentación jurídica en el proceso de autodefinirse como actores políticos en sus vidas profesionales”. (D. Kennedy, La enseñanza del derecho como forma de acción política 2012, 71)

No cabe duda entonces que uno de los aportes más significativos de los *Critical Legal Studies* como corriente del pensamiento es su intervención tanto política como intelectual en el ámbito académico, más exactamente en la enseñanza del Derecho, en cómo se imparten los estudios jurídicos en las diferentes facultades.

Los *Critical Legal Studies* se sublevan ante los métodos, mecanismos, formas de enseñanza del Derecho tradicional, emitiendo críticas a las diferentes teorías, dogmas, doctrinas esbozadas en los diversos claustros donde se imparte la ciencia jurídica, como bien señala Robert Gordon:

“(...)aunque uno puede pensar en Critical Legal Studies como un movimiento de “jurisprudencia”, o como un movimiento de teoría social, también es útil considerarlo como un episodio en la historia de la enseñanza del Derecho norteamericana, como un manojo de críticas dirigidas contra algunas prácticas muy específicas: las teorías, doctrinas, métodos didácticos, presupuestos sociales y estilos culturales que hacia los años cincuenta y sesenta habían llegado a predominar en el “establishment” de la enseñanza del derecho americana”. . (R. W. Gordon, Critical Legal Studies as a Teaching Method 1989, 59)

Esto es, en resumen, la propuesta de una crítica seria que busca la ruptura del esquema tradicional de enseñar el Derecho, del mecanismo reproductor de jerarquías.

Es precisamente la convicción del movimiento de que las aulas de las Facultades de Derecho son ampliamente políticos, o en otros términos, espacios de enseñanza con alto contenido político, que autores precursores de los *Critical Legal Studies* como Duncan Kennedy consideren la educación jurídica como un “mecanismo reproductor de jerarquías” que comporta diversos aspectos como tal, orbitando el tema de discusión en torno a la idea de que “a través del programa de enseñanza y la experiencia en clase, se inculca

una serie de actitudes políticas acerca de la economía y de la sociedad en general, acerca del Derecho y de las posibilidades de la vida profesional". (D. Kennedy, La educación legal como preparación para la jerarquía 2004)

Esto tiene un significado ideológico general, e influye incluso sobre la vida de los estudiantes que jamás ejercen la abogacía. Hay una compleja serie de prácticas institucionales que inducen a los estudiantes a participar voluntariamente en el papel jerárquico especializado de los abogados. Los estudiantes comienzan a absorber ese mensaje ideológico general mucho antes de tener alguna idea de cómo será su vida una vez fuera de la facultad". (D. Kennedy, *Legal Education as a Training for Hierarchy* 1990, 123)

En este mismo sentido, y en cuanto a la correlación, al papel activo de los *Critical Legal Studies* en torno al contenido político de la enseñanza del Derecho y sus efectos sociales, es pertinente traer a colación proposiciones como la expresada por Robert Gordon en su obra más destacada sobre el tema:

"La premisa principal de Critical Legal Studies respecto de la enseñanza del derecho es ésta: que las formas convencionales de discurso jurídico, (los significados; la forma en que los generadores del derecho, tales como administradores, jueces, estudiosos, abogados practicantes y profesores hablan y analizan cotidianamente la vida social y el rol del derecho como regulador de esta última), son prácticas políticas y más aún, prácticas que producen efectos sociales innecesariamente conservadores en la mente de quienes se involucran en ellas. Más que cualquier otra

cosa, los Critical Legal Studies son sólo un conjunto de técnicas con el objetivo de tratar de agitar este estado mental y sacarlo de su nube de complacencia". (R. W. Gordon, Conferencia Brendan Brown: la teoría crítica del derecho (Critical Legal Studies), como método de enseñanza del derecho 1999, 147-172)

Se estima entonces, bajo el anterior precepto de Gordon, que el estudiante de derecho es una especie de máquina o "robot" que asimila una cantidad determinada de conceptos, normas, procedimientos, y se le inculca a través de sus profesores que existe algo llamado razonamiento o "argumentos jurídicos" que deben ser considerados como correctos, válidos o simplemente indiscutibles por mandato del propio docente, en otros términos, resultan ser conceptos cargados de contenido político. Kennedy menciona algunos ejemplos de este fenómeno:

"(...) la seguridad en las transacciones, la certeza de los negocios, que son tratados como si fueran reglas que todo el mundo aceptara, pero que son ignoradas en el próximo caso en el que el profesor estima que la decisión fue errónea". (D. Kennedy, Legal Education as a Training for Hierarchy 1990, 123)

En virtud de la anterior idea, el estudiante de Derecho se empieza a convertir en una creación de la facultad, del profesor, del mecanismo reproductor de jerarquías, renunciando a sus propios criterios y capacidad de reflexión crítica sobre lo que se les enseña, "creen lo que se les dice, explícita e implícitamente, respecto del mundo al que están ingresando, los estudiantes se comportan de un modo en el que cumplen las profecías que el sistema crea sobre ellos y

sobre ese mundo. Este es el eslabón que completa el sistema: los estudiantes no hacen más que aceptar las cosas como son y la ideología no hace más que disipar toda oposición. Los estudiantes actúan efectivamente dentro de los canales construidos para ellos, haciéndolos aún más profundos, dándole a todo una pátina de aprobación y haciendo que la complicidad penetre en la historia de vida de cada uno”(D. Kennedy, *Legal Education as a Training for Hierarchy* 1990, 117-118)

Desde esta aproximación, la posición de los *Critical Legal Studies* en cuanto a la enseñanza del Derecho, es abogar por una incursión, por una indisolubilidad, por una fusión inseparable entre el Derecho y la teoría social, los aspectos políticos, filosóficos y morales que generalmente son considerados ajenos al derecho o simplemente son tratados como elementos “extrajurídicos”. En otros términos, el objetivo es enseñar, practicar la filosofía del Derecho en las facultades insertando el discurso político-moral dentro de los estudios jurídico-positivos, toda vez que para los *Critical Legal Studies* no resulta aceptable que, la ley en sí, en abstracto, despojada de otras disciplinas o libre de otras ciencias como la Sociología, Antropología, Filosofía, etc., está comprometida con la transformación social en una dirección correcta.

Esta propuesta va encaminada a evitar que, aparte de formar los futuros abogados como litigantes en el Derecho comercial, corporativo, societario, las diferentes Universidades los formen para que una vez obtengan su grado, estén preparados para hacer parte de esa pirámide jerarquizada que es en sí la profesión del derecho.

Cuando hablamos de “jerarquías” debemos tener en cuenta que, en el mundo jurídico, su contexto es bastante amplio y comienza precisamente desde las firmas o bufetes de abogados hasta la propia jerarquización dentro de la rama o poder judicial, lo que se proyecta socialmente a ese lugar privilegiado, acaudalado, aventajado que el jurista ocupa dentro de la sociedad, por tanto, la enseñanza del derecho, como fuente creadora, se encontraría al servicio de este tipo de jerarquías. De hecho, bajo este concepto, las facultades de derecho se podrían concebir como ambientes idóneos para la reproducción de la jerarquía.

Los instrumentos utilizados por las facultades de Derecho para la “reproducción de la jerarquía”⁸⁹ son de diversa índole, desde la calidad de recursos puestos a disposición de los estudiantes para facilitar el proceso de aprendizaje hasta la escogencia de los profesores o docentes. Aquellas con mayor capacidad económica siempre tendrán en sus filas a los “mejores” profesores, y al mismo tiempo, a estas facultades sólo podrán asistir los mejores estudiantes que tienen acceso a una calidad de educación superior por pertenecer a una clase socio-económica más privilegiada.

⁸⁹ Término comúnmente utilizado por Kennedy en sus textos para referirse a que el sinsentido de los conocimientos que se imparten en las facultades de derecho obedece a una pretensión de *“inculcar que es natural, eficiente y justo que los estudios jurídicos, la profesión de abogado en general, y la sociedad a la que los abogados prestan sus servicios estén organizados de acuerdo a los patrones actuales de jerarquía y dominación.”* (D. Kennedy, La educación legal como preparación para la jerarquía 2004, 373)

Sin embargo, debo discrepar en este punto. En contraposición a esta realidad que tratan de exponer los *CLS* en relación a la gran diferencia entre las facultades de derecho públicas y privadas, esto no es lo que reflejan actualmente los rankings de la publicación anual QS World University Rankings⁹⁰, al menos en cuanto a las que encabezan el top 20. Catorce de ellas son públicas y tan sólo seis privadas, por lo que es apenas obvio que las aulas públicas dedicadas a la enseñanza del derecho sacan una gran ventaja en número a las de naturaleza privada.

Ahora bien, retornando a la posición crítica de los *Critical Legal Studies* en relación al tema de la enseñanza legal, al concebirse como una actividad preponderante, relevante y constitutiva de su concepción del derecho, considero ilustrativo y didáctico traer a colación a Pérez Lledó y su ejemplificación a través del auto cuestionamiento de un profesor perteneciente a los *CLS*, así:

“(...) qué puedo hacer yo, que resulta que soy un profesor de Derecho de izquierdas, a favor de mis ideales y actitudes político-morales igualitaristas, solidarias, progresistas, etc.? La respuesta sería: Actúa en el mundo. Tu mundo es la facultad de Derecho. Allí puedes escribir toda la teoría que quieras, pero no te quedes en un mero ejercicio académico más o menos elegante. Organiza además a tu gente para actuar juntos no sólo dentro sino

⁹⁰ QS World University Rankings es una publicación anual de los rankings de universidades por Quacquarelli Symonds (QS), una compañía británica especializada en educación y estudios en el extranjero. Anteriormente se conocía bajo el nombre de THE-QS World University Rankings.

también fuera del despacho, en las aulas, en las juntas de facultad, en la biblioteca y hasta en el bar". (Pérez Lledó, El Movimiento Critical Legal Studies 1996, 188)

De conformidad a la perspectiva de Duncan Kennedy en cuanto a los *Critical Legal Studies* como movimiento de izquierda en las facultades de Derecho, es preciso afirmar que no ha elaborado un nuevo programa político y que, a pesar de que ha establecido pautas y puntos de partida que han fomentado el florecimiento de experiencias en este sentido, no ha transformado radicalmente la enseñanza del derecho como tal.

Por otro lado, como también manifiesta el mismo autor, ha sido un factor importante (quizás determinante) en la formación de una izquierda jurídica institucionalizada, fenómeno nuevo en los Estados Unidos, que surgió en un momento en el que fracasaban intentos semejantes en otras disciplinas, y en un ambiente político de los más desfavorables.

Asimismo, las ideas y propuestas del movimiento en torno a la educación legal y todas sus diversas aristas, dotaron a la corriente filosófica norteamericana de una nueva crítica interna a la razón jurídica, de un saber sesentayochista, de una orientación teórica/irónica/avanzada, y de una política interna de coalición multicultural. En síntesis, como lo afirmó el propio Kennedy: "*No un mapa pero sí quizás una brújula*". (D. Kennedy, Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos 1992, 287, 288)

A modo de conclusión, podemos considerar que no sería válido concebir al movimiento de los *CLS* sin este particular enfoque, esto es, sin su intervención crítica en torno a la enseñanza del derecho, por tal razón es que reviste una gran importancia incluirlo como tema obligatorio de estudio en cualquier investigación que se realice sobre esta doctrina filosófica a mediana y gran escala. No en vano, muchas de sus ideas ya se han puesto en práctica en varias facultades de derecho de América Latina, en países como Colombia, México, Brasil, Argentina, lugares donde han permeado y contagiado de ese espíritu crítico y rebelde a la hora de formar los futuros abogados en las aulas de clase.

6. CRÍTICAS Y ABSTRACCIONES

Como cualquier otra corriente antiformalista o teoría crítica del derecho, el movimiento de los *Critical Legal Studies* también ha sido víctima de críticas por parte de sus detractores y, en general, por toda la comunidad de académicos, juristas, intelectuales y entusiastas que han encontrado que sus propuestas muestran ciertas carencias o simplemente expresan sus puntos de desacuerdo en ciertas áreas polémicas objeto de sus investigaciones y de sus diversas técnicas de argumentación.

En efecto, estas críticas van desde su propia naturaleza como herederos de la connotada escuela del Realismo Jurídico Norteamericano, que de hecho no ha sido vista con buenos ojos por muchos debido a que, por ejemplo, se considera que pese a que comparten puntos de intersección comunes o similares en materia de metodologías, el objetivo principal del Realismo fue enfocar o dirigir su crítica hacia convertir el derecho en un mecanismo efectivo para la ejecución de las políticas públicas o la realización de los fines del Estado. En contraste, el objeto principal de la crítica ejercida por los *CLS* ha sido el de “deslegitimizar” el derecho, en lugar de convertirlo en el arma o instrumento necesario para lograr el bienestar social.

Desde el punto de vista eminentemente metodológico, también suelen surgir algunas críticas a la hora de establecer un paralelo entre ambos movimientos o corrientes. Una de ellas es que

la aproximación realista deviene directamente del racionalismo científico de la Ilustración, encontrando su fundación o raíces en una búsqueda empírica de los principios generales del derecho. Por su parte, los *Critical Legal Studies* fundan su metodología en la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt, atacando la visión racionalista del derecho.

La última de las críticas más generalizadas al comparar ambas doctrinas filosóficas es que el Realismo tiene sus raíces en una posición predominantemente positivista, y es que el derecho y la moral son segregables, proponiendo la búsqueda de elementos comportamentales en el proceso de la adjudicación o actividad judicial. Por el contrario, los *crits* se apartaron de la noción realista de que una decisión objetiva es del todo posible, argumentando que al interior de la doctrina jurídica existe una indeterminación predeterminada que permite que exista un ejercicio libre de la interpretación jurisprudencial.

Estas apuntan a ser algunas de las críticas más sonadas a la hora de comparar ambas escuelas o doctrinas del pensamiento legal que guardan en común muchas de sus aproximaciones, no en vano los *CLS* son los herederos naturales del legado de los realistas.

En los siguientes capítulos veremos y analizaré algunas de las críticas más relevantes a las teorías, tesis, aproximaciones o enfoques de los *Critical Legal Studies* para así transmitir una idea más clara de cómo su crítica aparece ante los ojos o dentro del contexto de sus detractores más radicales, o simplemente de

aquellos interesados en un ejercicio de análisis de sus diferentes propuestas.

6.1. Críticas a la tesis de la indeterminación del Derecho

Una de las críticas más importantes a los CLS relacionada con su tesis sobre la indeterminación del Derecho es la que ejerce Jason E. Whitehead en los siguientes términos:

“Otra forma en que los CLS fallan en analizar las posibilidades de conocimiento acerca de la ley es en gran parte por no conciliar sus propias afirmaciones contradictorias respecto a sus tesis de la indeterminación y la ideología. Por un lado, los CLS afirman que la ley es radicalmente inconsistente e impredecible y que la ley no está determinada por ninguna fuerza socio-económica. Por otro lado, los CLS afirman que la ley defiende y fortalece acuerdos sociales y económicos existentes. Pero estas afirmaciones, al menos en su cara, son contradictorias. Sin alguna teoría compleja acerca de cómo la ley puede ser tanto determinada e indeterminada como determinada y no determinada por fuerzas sociales y económicas, el intento de los CLS de alcanzar el estado de una crítica liberadora es de nuevo frustrado”. (Whitehead 1999, 717)

Otros autores como Surya Prakash Sinha señalan que existe no sólo uno sino varios problemas con la tesis de la indeterminación del derecho formulada por los *Critical Legal Studies*:

“... hay varios problemas con esta tesis. En primer lugar, el ideal de que la norma jurídica es sólo eso, un ideal, en lugar de un

contenido específico. Por lo tanto, la naturaleza arbitraria o ilegítima de las decisiones podría desafiar el orden político y legal de la sociedad, pero no el ideal de la norma jurídica. En segundo lugar, el concepto de la norma jurídica tiene muchos aspectos, incluyendo el establecimiento de normas procesales para la salvaguardia frente al abuso del poder. Sin embargo, la crítica de los CLS no ha explorado los diversos aspectos del concepto que critica. En tercer lugar, el constitucionalismo proporciona controles al poder del soberano. Los CLS rechazan el constitucionalismo, pero han fallado en proveer un medio alternativo para controlar este poder”(Prakash Sinha 1993, 320, 321)

Si analizamos detenidamente la crítica de ambos autores a la tesis de la indeterminación del derecho de los CLS, encontramos un punto de convergencia particular: los dos consideran que *crits* de una tesis, de un mecanismo sobre el cual puedan soportar su posición. En el caso de Whitehead, considera que no existe una teoría compleja que nos permita dilucidar cuándo la ley es determinada o indeterminada por factores de tipo social y económico, lo que, de acuerdo al autor en mención, termina "frustrando" su intento de crítica. Por el lado de Prakash Sinha, advierte que los CLS han fallado a la hora de formular un mecanismo que controle el poder soberano al rechazar el constitucionalismo. Vemos, pues, que ambos autores argumentan una "carencia" de teorías, tesis, mecanismos y/o medios que permitan a los *Critical Legal Studies* sustentar partes esenciales de su tesis de la indeterminación del derecho.

Otros autores como Ken Kress, en su ensayo sobre la indeterminación legal de 1989, expresó que su conclusión sobre los fallos en los argumentos acerca de la indeterminación del derecho de los CLS se encontraba apoyada en los errores de los *crits* en relación con el razonamiento jurídico:

“Los argumentos críticos empobrecen las premisas y limitan las técnicas de inferencia disponibles en la argumentación jurídica. Por otra parte, suponen equivocadamente que las normas en conflicto pueden reconciliarse solamente por meta principios mecánicos explícitos, establecidos con antelación. Este requisito de meta principios explícitos es demasiado exigente. El derecho no es matemática, y no puede implementar únicamente métodos deductivos, estancados. El derecho no es contradictorio porque su “vida ... no ha sido lógica”(Kress 1989, 337)

La posición de Kress es clara al considerar que los principios fundamentales expuestos por los *Critical Legal Studies* son muy exigentes, llegando al punto de integrar sólo métodos deductivos, como si el derecho fuese matemáticas. El autor considera que los CLS incurren en un error al creer que las normas en conflicto se reconcilian a través de la integración de principios fundamentales que el operador jurídico debe señalar con antelación, lo que torna todo el proceso en algo “mecánico”, aplicando una explicación apta de las ciencias exactas a un proceso con tintes diferentes que no admite ser abordado como un problema algebraico o matemático a raíz de su naturaleza. A renglón seguido, el autor en mención continúa con su disertación refiriéndose de forma específica a la

indeterminación “moderada” de la siguiente forma: *“He instado también que la indeterminación moderada, aunque fuera cierta, tiene poca o ninguna consecuencia por su legitimidad política, porque sólo en raras ocasiones las obligaciones de cualquier persona dependerán de si el derecho es determinado. Esta conclusión surge de una consideración sistemática de la pertinencia de la determinación para cada una de las razones comúnmente supuestas de la obligación política. Para cada una de ellas, con solo contadas excepciones, he afirmado que, o bien la razón falla en obligar o, por el contrario, obliga aun cuando el derecho es indeterminado”*(Kress 1989, 337)

Kress defiende la tesis de que la teoría de la indeterminación no es más que moderada y rechaza la indeterminación radical de los *crits*. Asimismo, sostiene que la indeterminación es un “defecto” menos grave de lo que se piensa que es, y que cuando es moderada, no quebranta, no debilita la legitimidad del Derecho. Esta posición del autor se encuentra contenida en dos aspectos o facetas que describe de la siguiente manera:

“La parte I argumenta que la indeterminación moderada, incluso si es verdadera, que tiene a lo sumo modestas y no devastadoras consecuencias para la legitimidad política y conceptos afines, contrariamente a las conclusiones de Kennedy, Singer, y otros académicos de los CLS. La Parte II insta a que los argumentos a favor de la indeterminación del derecho de los académicos de los CLS fallan y que la indeterminación es a lo sumo moderada”. (Kress 1989, 283,284)

Uno de los ataques más habituales a la tesis de la indeterminación del Derecho de los CLS es el que afirma que independientemente de todas las contingencias, dilemas o incertidumbres que yacen al interior de la norma jurídica, el operador jurídico siempre está facultado para advertir con exactitud cuál será el sentido de la sentencia o el resultado particular del caso concreto: *“Una de las principales críticas que suelen dirigirse a las teorías que enfatizan la indeterminación del Derecho - tanto a los realistas como a CLS - es la de que, pese a todas las incertezas que se quieran buscar, sucede que, en la práctica, muchísimas veces (quizá la mayoría), cualquier abogado con la suficiente experiencia es capaz de predecir con bastante precisión cuál será el resultado de un pleito”*. (Haba 2004, 269)

Siguiendo la línea de críticas relevantes en torno a la tesis de la indeterminación del Derecho emanada del movimiento de los *Critical Legal Studies*, tenemos la que esboza John E. Whitehead. Su tesis está directamente relacionada con la aserción que estipula que el Derecho es indeterminado debido a los factores de orden económico y social, bajo los cuales, y de acuerdo al autor, convergen dos fines de naturaleza completamente contradictoria:

“Al afirmar que el derecho es indeterminado y no determinado por las fuerzas sociales y económicas, el movimiento Critical Legal Studies ha perseguido dos objetivos a menudo contradictorios. Ha perseguido el objetivo, informado por la teoría posmoderna, de exponer la incoherencia e inconsistencia del Derecho como un aspecto del proceso

incoherente e inconsistente de la razón moderna en sí misma. También ha perseguido el objetivo, informado por la teoría crítica, de exponer la incoherencia e inconsistencia de la ley en apoyo al liberalismo. En la consecución de ese primer objetivo, CLS ha colocado su status como una verdadera crítica en peligro mediante la eliminación de su propia distancia crítica y haciendo que el entendimiento y cambio que busca sea imposible. Al perseguir el más limitado, pero también más enfocado, segundo objetivo con la ayuda de la teoría crítica de la escuela de Frankfurt, CLS puede conservar su distancia crítica y por lo tanto dejar abierta la posibilidad de entender el derecho liberal de tal manera como para superarlo". (Jason 1999, 741, 742).

Desde esta perspectiva doctrinal, tenemos que los *Critical Legal Studies* han perseguido dos objetivos contradictorios, uno informado desde la óptica de la teoría posmoderna y el otro desde la teoría crítica. Al no conservar su distancia crítica en la consecución del primer objetivo, se hace difícil que exista un cambio y haya una comprensión de las inconsistencias e incoherencias al interior del Derecho. Por otro lado, al buscar el segundo, aunque más limitado objetivo, apoyados en el legado de la Escuela de Frankfurt, los *crits* dejan abierta la posibilidad de entender el liberalismo de una forma que les permite superarlo.

6.2. La impertinencia de la *Deconstrucción* de Derrida en los textos legales

La aplicación del concepto de *deconstrucción* del filósofo postestructuralista francés Jacques Derrida⁹¹ por parte de los CLS ha sido objeto de crítica por parte de los detractores del movimiento debido a que la consideran no aplicable a los textos de índole jurídica toda vez que su adecuación va más acorde con contenidos de tipo filosófico o literario. El fundamento de tal aseveración proviene del uso que Derrida dio a su técnica, aplicándola a obras de grandes pensadores de la humanidad como Sócrates, Platón o Freud:

“El uso de la deconstrucción Derrideana por los CLS ignora el hecho de que mientras la técnica podría ser bastante adecuada para textos literarios o filosóficos, puede que no sea apropiada para textos legales. Derrida usó su técnica en textos de grandes pensadores que contenían estructuras metafóricas elaboradas. Estas estructuras proporcionaban oportunidades para la deconstrucción. Sin embargo, las opiniones judiciales no son de esta naturaleza”. (Prakash Sinha 1993, 319)

⁹¹ “La deconstrucción exige la fragmentación de textos y, en ella, el filósofo detecta los fenómenos marginales, anteriormente reprimidos por un discurso hegemónico. (...)”

Esta figura del pensamiento indudablemente contiene una dimensión política, es la lucha contra todas las instancias que centralizan el poder y excluyen la contradicción. (...) El deconstructivismo, que exige lecturas subversivas y no dogmáticas de los textos (de todo tipo), es un acto de descentralización, una disolución radical de todos los reclamos de “verdad” absoluta, homogénea y hegemónica.” (Krieger, 2004, pág. 180)

Si bien es cierto que los conceptos deconstructivistas de Derrida se encuentran enfocados hacia el análisis de textos con relevante contenido de naturaleza filosófica y/o literaria, es importante recordar que los *Critical Legal Studies* no sólo es un movimiento en teoría jurídica o legal, sino que abarca un trasfondo filosófico de gran envergadura, toda vez que ha sido una de las áreas de las ciencias sociales que más han influido en el trabajo de los *crits* y su fundamentación a la hora de ejercer su trabajo de argumentación crítica a través del uso de las diferentes técnicas, entre ellas, precisamente la deconstrucción del filósofo francés. No obstante, la crítica de Surya Prakash Sinha va más allá y afirma que “*un análisis deconstruccionista resulta ser menos satisfactorio ya que está más en la naturaleza de una indulgencia de la imaginación del analista que un argumento lógico*”. Como vemos, el autor relaciona el concepto de deconstrucción como más cercano a una condescendencia de la intuición o invención, alejándolo de su carácter como argumentación racional, deductiva del operador jurídico.

Finalmente, la última crítica del mencionado autor al uso de la deconstrucción de Derrida por parte de los *Critical Legal Studies*, se dirige a atacar el fracaso del movimiento en lo relacionado con su formulación de una teoría social alternativa: “*Finalmente, ya que la técnica erosiona una visión integrada de la sociedad, carece de la capacidad de proporcionar una base para una teoría social alternativa*”. (Prakash Sinha 1993, 319)

En torno a una de las tesis principales de los *Critical Legal Studies*, nos referimos más concretamente a la que afirma que el derecho es política (law is politics), se ha ejercido una crítica en el sentido de que la deconstrucción no ayudó a promover la política izquierdista del movimiento, lo que fue percibido como algo grave para algunos *crits* en lo relacionado con el pensamiento crítico:

“El despliegue de la deconstrucción, por supuesto, no podía presentar en sí ningún argumento que el contenido político de las normas o ideales. Esta situación llevó a la percepción de un tipo de calidad cismática o disyuntiva del trabajo deconstructivo de los CLS: la tendencia deconstructiva no condujo evidentemente en ninguna forma clara a la promoción de la política de izquierda de los CLS. La conexión entre los dos requirió un salto existencialista de fe sin conexión a tierra. Algunos críticos de CLS tomaron esto como un problema grave para el pensamiento crítico (casi siempre sin ningún argumento de soporte)”. (Schlag 2005, 744)

Ahora bien, la contradicción anterior parece haber sido reconocida por algunos miembros del movimiento, y era algo que llamaba particularmente la atención en los casos en que se hacía una deconstrucción de una norma y de forma repentina, el *crit* suspendía tal ejercicio y prefería decantarse por la norma de su predilección:

“Mientras tanto, algunos pensadores de los CLS ya han reconocido, incluso afirmado, la aporía. Es cierto que en ocasiones era raro ver a alguien involucrado en la

deconstrucción de un aspecto de la ley y, de repente, abandonar el barco y abogar por su norma preferida en toda su grandeza logo céntrica. Esto fue particularmente extraño visto desde la perspectiva de la deconstrucción. El deconstruccionista, después de todo, fue soltando una crítica infraestructural ilimitada". (Schlag 2005, 744, 745).

El conflicto o problemática existente entre la deconstrucción y su aplicación por los CLS ha estado presente en la teoría jurídica norteamericana, principalmente a la hora de conciliar la teoría de Derrida dentro del contexto de la academia y una serie de prácticas institucionalizadas tendientes al mantenimiento del *statu quo*. Esto se ha debido principalmente a que la deconstrucción en el derecho americano no ha sido instrumento útil a la hora de desplazar el *establishment*⁹² y su intención dirigida a instituir normas que favorezcan sus intereses o los de su clase:

"Todos estos esfuerzos en la academia legal estadounidense para negociar las relaciones de deconstrucción del derecho y el derecho positivo fueron problemáticos. La deconstrucción fue recibida en la academia jurídica dentro de una práctica institucionalizada bien arraigada que moldeó el pensamiento jurídico como una especie de promoción normativa desplegada

⁹² Dentro de este contexto, este anglicismo debe entenderse bajo cualquiera de las siguientes acepciones: "clase dominante", "élite que ostenta el poder", "poder establecido" o "grupo de poder". Generalmente suele atribuirse al grupo que detenta la autoridad o poder en un Estado o nación, de allí la especial cercanía que se le otorgue, desde la óptica de las teorías críticas del derecho o desde las escuelas antiformalistas del derecho, a las nociones de *statu quo* y jerarquía.

por los sujetos individuales relativamente autónomos participantes en las empresas del establecimiento de normas de selección y de normas de justificación. Nada, por lo que yo puedo decir, ha desplazado a la centralidad y el dominio de esa práctica -ni la deconstrucción, ni el posmodernismo, ni la inter o trans-disciplinariedad, ni los estudios culturales. Como cuestión psicosocial, la capacidad de recuperación del pensamiento jurídico normativo en la escuela de derecho americano es totalmente predecible. La continuación de su vitalidad es, como solemos decir, sobredeterminada". (Schlag 2005, 751)

Esta crítica, a la que considero debería llamársele "problemática", no me parece que obedezca en sí a una impertinencia y/o carencia en la aplicación de la deconstrucción a la normatividad jurídica imperante, que es la parte que resulta ser el eje central de la crítica en este punto. Es preciso recordar que la deconstrucción en su naturaleza más propia desafía la institucionalización, de hecho, tal concepto salió a flote por parte del propio Jacques Derrida en su célebre obra *Of Grammatology* a la hora de explorar la interacción entre el lenguaje y la construcción del significado. Ahora bien, en cuanto a la problemática creada por los esfuerzos de la academia para sacar adelante las relaciones de la deconstrucción del derecho, conviene mencionar que, si bien el concepto de Derrida emergió inicialmente al interior del contexto del lenguaje, es igualmente aplicable al estudio del derecho. En efecto, el filósofo francés consideraba que la deconstrucción era una

“problematización” (problematisation⁹³) de la fundación del derecho, la moral y la política (Derrida 1992).

6.3. La omisión en la visión del Comunitarismo

Como vimos en su respectivo capítulo, el Comunitarismo se ha erigido como una de las influencias externas más importantes de los *Critical Legal Studies*, la cual se ha ido fortificando y adquiriendo mayor relevancia a medida que los derechos humanos se han procurado un papel protagónico en los ordenamientos jurídicos de la actualidad.

La concepción del Derecho como política, ha evitado, de acuerdo a autores como Richard W. Baumann, que los *crits* hayan abordado temas políticos esenciales, generando una especie de inconsistencia al interior del movimiento, toda vez que, desde la óptica señalada en el párrafo anterior, resulta difícil conciliar concepciones comunitaristas con temas o puntos políticos fundamentales:

⁹³ “La “problematisation” de Derrida procede específicamente a través del análisis de la noción de iterabilidad, es decir, la estructura iterable de los signos, marcas o rastros que se emplean en tales enunciados. (...) esto tiene implicaciones importantes (...) para la teoría constitucional en general. La noción de iterabilidad tiene que ser entendida con referencia al análisis de Derrida de la metafísica de la presencia como de la estructura de la comunicación, y aquí requiere un ligero desvío.” (De Ville, 2011) Es preciso aclarar que en el lenguaje “Derrideano”, la noción de “iterabilidad” se refiere a que el lenguaje debe funcionar en ausencia del emisor, lo que en sus propias palabras describe de la siguiente manera: ““La posibilidad de repetir, y en consecuencia, de identificar las marcas, está implícita en todo código, hace de éste una clave comunicable, transmisible, descifrable, repetible por un tercero, por tanto por todo usuario posible en general. Toda escritura debe, pues, para ser lo que es, poder funcionar en la ausencia radical de todo destinatario empíricamente determinado en general.”

"Baumann (Bauman 2002) sugiere que la construcción teórica del movimiento es golpeada por una postura evasiva hacia cuestiones políticas fundamentales. Específicamente, afirma que los académicos de los CLS omiten, en su presentación del Comunitarismo (utiliza el escrito de Roberto Unger como contraste) las cuestiones políticas básicas de obligación, legitimidad y autoridad. También señala correctamente la tendencia entre los académicos de los CLS a agrupar todos los teóricos liberales juntos, incluso todos los liberales clásicos y de redistributivos". (Hutchinson y Green 1992, 204)

La evasión de estas cuestiones políticas fundamentales que señala Baumann, o sea, aquellas de obligación, legitimidad y autoridad, contravienen la concepción detrás del Comunitarismo ideológico que hace énfasis en el derecho que tienen la mayoría de personas a la toma de decisiones toda vez que son parte esencial del mismo.

Por otra parte, en el análisis de Hutchinson y Green del texto de Baumann sobre los *Critical Legal Studies*, se pone de manifiesto lo acertado que resulta su apreciación acerca de la tendencia del movimiento de agrupar todos los liberales juntos sin diferenciar los clásicos de los redistributivos. No realizar tal diferenciación supone una gran omisión desde la óptica del Comunitarismo filosófico que *"(...) considera que el liberalismo clásico es ontológicamente y epistemológicamente incoherente, ya que no se construyen las comunidades por actos voluntarios de individuos ni estos son*

anteriores a las mismas, remarca el papel de la comunidad en la tarea de definir y formar a los individuos". (Puente 2014, 13)

La anterior disertación exige que se realice una distinción adecuada entre lo que pregona el liberalismo clásico y el comunitarismo desde su óptica filosófica, desde la cual la comunidad tiene la labor de definir y formar a los individuos que la conforman, a diferencia del liberalismo tradicional que la concibe como un producto de los individuos a través de sus actos voluntarios.

Por ende, a los *Critical Legal Studies* congregar todos los liberales dentro del mismo grupo, hace caso omiso a la distinción fundamental entre los clásicos y redistributivos, donde éstos buscan impulsar la redistribución de las riquezas para frenar la desigualdad o inequidad social mientras los de la vertiente clásica simplemente conciben la comunidad como un fruto de los individuos, omitiendo su rol en la formación y definición de la comunidad como tal.

Pese a lo anterior, algunos doctrinantes como Pérez Lledó aseveran que el divorcio entre las ideas comunitaristas y la visión de los CLS yace fundamentalmente en la sistematización de los primeros como producto de la alta incredulidad teórica que inunda las concepciones de los *Critical Legal Studies*: “*CLS ha compartido con los comunitaristas algunos rasgos fundamentales de la crítica al liberalismo, pero rechaza la teorización positiva de los comunitaristas debido al fuerte escepticismo teórico (no nihilismo valorativo) que caracteriza a CLS; ese escepticismo explica precisamente que su*

aportación al debate teórico entre liberales y comunitaristas sea muy escasa, aunque su crítica sí plantea (o al menos expresa de otra manera) algunas preguntas que deben ser afrontadas". (Pérez Lledó, *Critical Legal Studies y el Comunitarismo* 1995, 163)

Como podemos apreciar, si bien los *Critical Legal Studies* y los comunitaristas compartían una visión similar en torno a su crítica del liberalismo, el distanciamiento de las bases teóricas por parte de los *crits*, ha hecho que su aportación sea poco relevante, aunque como menciona Pérez Lledó, deja al menos una serie de cuestionamientos que definitivamente deben encontrar una resolución en las entrañas del comunitarismo.

El rechazo de los *Critical Legal Studies* a la conceptualización sustantiva del comunitarismo se encuentra arraigado en su escepticismo como movimiento. Tal posición escéptica resulta objeto de críticas por parte de diversos autores que consideran que el escepticismo no ayuda en la formulación de teorías en virtud a su actitud inquisitiva hacia el conocimiento propiamente dicho. La perspectiva de Calsamiglia en torno a esta crítica en concreto resulta más que ilustrativa:

"Según los CLS, o los individuos destruyen la comunidad o la comunidad destruye a los individuos. En ambos casos nos encontramos en el mundo de la utopía o defendiendo un acuerdo autoritario. O somos anarquistas, y entonces no contamos con reglas sociales, o somos totalitarios y entonces no existen los individuos. La debilidad de la teoría crítica resulta de la debilidad de sus propuestas políticas. El escepticismo no puede hablar; sólo

puede suspender el juicio. El escepticismo no puede construir teorías; sólo puede destruirlas. El escepticismo no puede ofrecer un modelo de sociedad con individuos, pero, ¿puede dar apoyo a una utopía autoritaria?” (Calsamiglia 1992, 310)

Ante la concepción de una “destrucción” teórica por parte de la posición escéptica de los CLS sin proponer nada a cambio, o sin especificar qué tipo de sociedad apoya o le resulta viable, es una concepción que despierta temores y rechazos entre ciertos doctrinantes. Por lo menos desde el punto de vista político a muchos les resulta algo irresponsable y una situación poco deseada, pese a que se pueda llegar a considerar que estos temores puedan carecer de fundamentos de peso en un momento dado:

*“La crítica sin una visión de lo que puede reemplazar lo que es destruido me impresiona como algo políticamente no apetecible e irresponsable. Algunos sugieren que estos temores son infundados, afirmando que la aplicación del derecho tiene un lugar en estos así llamados programas afirmativos, y que por primera vez se convertirá en «responsable», «inteligible» y «democrática». Pero esto es sólo un juego de palabras. Yo debería aceptar, por supuesto, la crítica y vivir con las consecuencias políticas de esta crítica, no obstante, lo desagradable que pueda ser, si yo pienso, por un momento, que la crítica fue intelectualmente comprometedora. Pero de hecho no lo es”.
.(Owen M. 1991, 124)*

La anterior posición de Fiss reclama una “responsabilidad” al menos de tipo intelectual por parte de los *Critical Legal Studies* al

elucubrar posiciones o argumentaciones basadas en su escepticismo, en este caso, las que advierten que los individuos destruyen a su comunidad o viceversa, contemplando la posibilidad de la existencia de una sociedad sin individuos y rechazando de plano la teorización positiva de los comunitaristas basados meramente en su recalcitrante escepticismo de naturaleza teórica.

6.4. La crítica a la heterogeneidad del movimiento

Una de las críticas más prominentes hacia los CLS es la relacionada con la diversidad del movimiento como tal, toda vez que alberga un amplio grupo de autores de áreas disímiles quienes a su vez emplean metodologías de variada índole. De hecho, las tesis o propuestas de estos autores, dada su heterogeneidad, llegan a chocar, a ser contradictorias entre sí, incluso ocupándose de temas de estudio afines:

“Critical Legal Studies es un movimiento formado por un conjunto enormemente heterogéneo de autores, que utilizan soportes teóricos y metodologías muy diversas, que se ocupan de una serie variadísima de problemas pertenecientes a múltiples campos de estudio, y que ofrecen soluciones o sostienen posturas a menudo dispares e incluso contradictorias entre sí”. (Pérez Lledó, El Movimiento Critical Legal Studies 1996, 4)

De hecho, y coincidiendo con el profesor Pérez Lledó, autor de la única obra completa sobre los *Critical Legal Studies* en castellano (Pérez Lledó, El Movimiento Critical Legal Studies 1996), muchos críticos del movimiento han utilizado de forma despectiva el

término “potpurri” a la hora de referirse a esta escuela de pensamiento norteamericana:

“La palabra “potpurri” ha sido utilizada por más de un autor para caracterizar peyorativamente al movimiento. Un potpurri en el que la crítica “desde la izquierda” a la doctrina jurídica liberal dominante se lleva a cabo incorporando continuamente disciplinas consideradas distintas del Derecho (como la ciencia política, la filosofía, la ética, la psicología, la teoría social, la antropología, la historiografía o la crítica literaria), y recurriendo a tradiciones del pensamiento jurídico, social, político y filosófico tan diversas como el realismo jurídico americano, el marxismo (especialmente en la versión de la Escuela de Frankfurt), el postestructuralismo, la teoría feminista, el psicoanálisis, o el existencialismo” (Pérez Lledó, El Movimiento Critical Legal Studies 1996, 4)

Otras críticas en este mismo sentido consideran que tal “potpurri” de ideas solamente sería posible si el universo de acción de los *Critical Legal Studies* fuese trasladado, en gran parte, al campo de la teoría social de forma exclusiva, toda vez que despojaría al movimiento de las herramientas ideológicas necesarias para ostentar por un cambio del entorno social imperante:

“Un traslado mayoritario hacia la teoría social divorciaría a los académicos críticos de su especialidad - la investigación de los fenómenos jurídicos - y podría dejarlos con un potpurri de ideas inconmensurables, sólo tangencialmente relacionadas con las

posibilidades para la transformación de una realidad social existente". (The Harvard Law Review Association 1982, 1684)

Pese a la heterogeneidad del movimiento como característica que ha servido para que sus críticos lo denominen peyorativamente como un “potpurri” ideológico, la naturaleza de los *Critical Legal Studies* desde su génesis ha sido precisamente el abordar temas diversos pero desde un enfoque eminentemente izquierdista, por lo que nunca ha sido contrario a esa multiplicidad de enfoques que se desprenden inicialmente en el ecosistema académico local, esto es, en las facultades de Derecho norteamericanas. Duncan Kennedy hace una breve alusión a esta perspectiva en una de sus obras:

“En sus comienzos, hacia 1977, CLS se constituye como una intervención, a la vez política e intelectual, en el "campo académico" (Pierre, 1984) de las facultades de Derecho, iniciada y renovada periódicamente por profesoras, profesores y estudiantes. Los temas políticos de la intervención son heterogéneos pero todos ellos son de inclinación izquierdista". (D. Kennedy, Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos 1992, 283)

Esta heterogeneidad de los *Critical Legal Studies* se ve reflejada incluso en las temáticas incluidas en la compilación de sus obras más relevantes, como es el caso del famoso texto de James Boyle titulado simplemente “Critical Legal Studies” (James, 1994), volumen que reúne el estado del movimiento hasta ese momento, y que significó una iniciativa ambiciosa de los miembros del

movimiento por difundir sus escritos, ensayos y trabajos dentro de la línea de ala izquierda que caracterizó al movimiento.

Este extensa obra se encuentra integrada por artículos y ensayos que versan sobre temas de especial interés para los CLS como lo son las normas y el razonamiento jurídico (a cargo de Duncan Kennedy y Peter Gabel, el primero con dos artículos y el segundo con uno), historia legal (Robert Gordon, Elizabeth V. Mensch y de nuevo Duncan Kennedy, cada uno con un ensayo sobre el tema), ejemplos de ley sustantiva (cortesía de Mark Kelman y Regina Austin aportando un artículo cada uno), práctica legal (por Peter Gabel y Paul Harris con un ensayo conjunto sobre el tema) y teoría jurídica y social (de parte de James Boyle, Duncan Kennedy y Gary Peller, con dos artículos provenientes del primer autor, y uno de cada uno de los otros dos).

Como podemos apreciar, los trabajos compilados por Boyle son altamente heterogéneos, ya que, si bien encuentran puntos de intersección comunes, se ocupan de temas diversos dentro de su órbita de interés. De hecho, la heterogeneidad del movimiento ha ido mucho más allá y se ha plasmado en las obras de un solo autor. Tal es el caso de David Kairys, quien en su obra cumbre (David, 1998) (*“La Política del Derecho. Una Crítica Progresiva”*), ha auscultado en una amplia gama de temas y preocupaciones que no obedecen a una dirección concreta y sí a una variedad de temas de estudio, abordados de manera simultánea dentro de la misma obra, y que van desde la jurisprudencia tradicional hasta la enseñanza jurídica:

“Contrariamente a otras corrientes de pensamiento jurídico que tienen una preocupación fundamental o específica, como por ejemplo la Escuela Exegética cuyo objeto de estudio y análisis fundamental era única y exclusivamente el derecho positivo, las preocupaciones de los miembros de los CLS son muy diversas tal y como lo demuestra una de las compilaciones más importantes en torno a los CLS, el libro “The Politics of Law. A progressive critique” (“La Política del Derecho. Una Crítica Progresiva”), editado por David Kairys. Al revisar el índice de esta obra podemos encontrar temas y preocupaciones muy diversas tales como la jurisprudencia tradicional y la enseñanza jurídica (La historia del razonamiento jurídico tradicional y la Educación legal como preparación para la jerarquía), litigio y proceso legal (Política y proceso; Acudir a un tribunal: acceso, autonomía y contradicciones de la legalidad liberal); calidad de vida (Derecho de la salud, Derecho ambiental); libertad (Libertad de expresión, etc.); propiedad, igualdad, crimen y justicia, negocios (Derecho de los Contratos como ideología, Contrato versus política en la doctrina corporativa); trabajo (Teoría crítica y Derecho Laboral) y asistencia social; rol y estructura del gobierno, así como acercamientos progresivos al Derecho (Teorías críticas del Derecho y sus críticos; Lenguaje y Derecho; El rol del Derecho en la política progresiva); todos estos temas que en gran medida parecieran no tener una relación directa entre sí”. (Soto 2013, 122)

Obsérvese que, al igual que la obra de Boyle, la de Dairys aborda una amplia gama de temas o tópicos que, si bien en algún

momento pueden tener un punto de intersección común, se decantan por atender campos de índole heterogénea, incluso hasta el punto de ofrecer ópticas o perspectivas diferentes sobre los mismos problemas o preocupaciones: “(...) a pesar de que los CLS se quieren presentar como movimiento, es difícil determinar sus características porque diferentes autores piensan cosas diversas sobre los mismos temas” (Calsamiglia 1992). Si bien la heterogeneidad que yace al interior del movimiento es uno de los objetos de crítica más comunes por parte de sus detractores, es preciso recordar que ella es precisamente una de las características o cualidades más relevantes de los *Critical Legal Studies*, de la cual no sería posible desprendernos a la hora de describir de forma acertada la naturaleza de esta escuela de pensamiento como tal, toda vez que ella constituye elemento esencial de su génesis como movimiento:

“CLS es un movimiento formado por un conjunto enormemente heterogéneo de autores, que utilizan soportes teóricos y metodologías muy diversas, que se ocupan de una serie variadísima de problemas pertenecientes a múltiples campos de estudio, y que ofrecen soluciones o sostienen posturas a menudo dispares e incluso contradictorias entre sí”. (Pérez Lledó, El Movimiento Critical Legal Studies 1996, 4)

6.5. Los CLS como víctimas de su propia teoría del “debunking” o “trashing”

La teoría de la demolición de los *Critical Legal Studies*, mejor conocida en el mundo anglosajón como teoría del “debunking” o

“trashing” ha sido objeto de crítica por parte de diversos autores, por lo que resulta esencial incluirla en este acápite.

La primera crítica en torno a la teoría del “debunking” es la relacionada con el ataque de los *crits* a la ideología o *status quo*, y aduce que el movimiento excluye su propia tesis de la demolición de intención de “debunking”, siendo víctimas de sus propias nociones o teoría: *“Ellos [los CLS] esperan desesperadamente que, si pueden mostrar que todas las bases de la verdad y la justicia son meras interpretaciones y creaciones de la ideología, la comunidad profesional abandonará las viejas creencias, y el falso edificio se vendrá abajo. Pero eximen a su propia teoría de la demolición del proyecto de la teoría de la demolición, y por lo tanto caen víctimas de su propia locuacidad”* (Pérez Lledó, *El Movimiento Critical Legal Studies* 1996, 4)

La crítica se recrudece cuando los autores en comento califican las aspiraciones de los *crits* como “patéticas contradictorias”. De hecho, aducen que la aceptación o rechazo de las propuestas de los CLS dependen sólo de un criterio realmente importante, y es el que se encuentra en la media de los entornos en los que se desempeñan operadores jurídicos como abogados, jueces y académicos:

“Mientras que la parte del debunking de su proyecto (conocida como trashing) no difiere mucho de la desconfianza del pragmatismo de toda la teoría, su esperanza de cambiar el mundo o el Derecho es patética y contradictoria como tal. Sus aspiraciones políticas serán aceptadas o rechazadas de acuerdo

con los únicos criterios relevantes; es decir, el estándar profesional de las comunidades de los jueces, abogados y académicos". (Costas, Ronnie y Shaun 1991, 139)

Para que las aspiraciones de los *Critical Legal Studies* sean aceptadas, de conformidad con la disertación de los doctrinantes Costas, Ronnie y Shaun, el movimiento debería promulgar una crítica menos rígida, más flexible. Ahora bien, bajo el mismo razonamiento, si su intención de crítica es rechazada, sus argumentos no serían efectivos y carecerían de toda autoridad ya que habrían fallado en su misión de tocar las fibras más sensibles del grupo o sector con mayor significancia en el ámbito que compete:

"Si es aceptada, la teoría crítica no puede ser tan radical; si es rechazada no es competente ya que sus argumentos no han convencido a la audiencia pertinente. De cualquier manera, los únicos argumentos eficaces son los que recurren a los principios y razones ya establecidas y aceptadas por los intérpretes relevantes. Condenados bien sea a la irrelevancia política o a la contradicción lógica, los críticos deberían regresar a la jardinería; es decir, a aceptar que todas las teorías son meras creencias. En este caso, podrán ser readmitidos a la habitación común superior, donde los valores consensuales brotan gradualmente" (Costas, Ronnie y Shaun 1991, 139)

La anterior disertación de los mencionados doctrinantes permite concluir que en ese particular entorno, el movimiento de los *Critical Legal Studies* debe admitir que las diversas tesis en

general constituyen meros dogmas, so pena de yacer en el limbo político o en las incoherencias comunes de la discusión jurídica.

6.6. Las críticas esenciales a la posición política del movimiento

La crítica a la orientación política de los *Critical Legal Studies* encuentra su génesis directamente en la herencia del Realismo Jurídico, el cual ha dominado la doctrina jurídica norteamericana desde su inepción a mediados del siglo XX.

Las dos proposiciones esenciales del movimiento realista, como influencia directa de la doctrina legal estadounidense son, en primer lugar, la proposición que ratifica que las afirmaciones jurídicas abstractas están desprovistas de contenido real, de argumentos cognoscitivos, razón por la cual carecen de la facultad para resolver casos o problemas concretos. Y, en segundo término, la proposición que asegura que la única forma de resolver las cuestiones legales es eligiendo y reflexionando en torno a las políticas inherentes o relativas a estas cuestiones jurídicas. Los *Critical Legal Studies* sólo coinciden con la primera proposición, rechazando completamente la segunda, o sea, la orientada hacia las políticas, diferenciándose de las demás escuelas del pensamiento jurídico norteamericano que sólo difieren en el hecho de las políticas a elegir, ya que los *crits* argumentan que todas las políticas en su esencia, y por ende toda esta parte del pensamiento proveniente del Realismo es erróneo.

Esta posición de los *CLS* en torno a la orientación política del Realismo Jurídico Norteamericano, es la que recibe la mayor crítica

por parte de la doctrina, sector que advierte que no es posible que el movimiento sea de naturaleza izquierdista mientras al mismo tiempo pregona el rechazo a orientaciones de tipo político, por ejemplo, la que informa la promoción de los derechos de la clase obrera o cualquiera otra de naturaleza izquierdista.

La primera versión del criticismo hacia esta posición de los *Critical Legal Studies* nace en la derecha del movimiento, quienes, en otras palabras, serían los liberales de centro-izquierda y los conservadores de centro derecha. Su crítica se puede enunciar en los siguientes términos de acuerdo a Mark Tushnet:

“Una versión empática de esta crítica iría acorde con estas líneas: La gente en los CLS han criticado los realistas, los liberales de centro-izquierda y conservadores de centro-derecha señalando las insuficiencias de sus análisis de política. Tal vez todo ese criticismo es correcto. No obstante, como herederos de izquierda del Realismo Jurídico, deben estar comprometidos con la visión de que legislar es opción política. Después de todo, qué otra cosa puede significar cuando se dice que todo el Derecho es política. Al estar de acuerdo en que el Derecho es opción política, se tiene indudablemente el derecho a creer que las políticas adecuadas a perseguir son más radicalmente igualitarias que aquellas buscadas en el Nuevo Trato o en el movimiento de derechos civiles de la década de 1960”. (Mark 2011, 291, 292)

La segunda versión de la crítica a la posición política de los *Critical Legal Studies* es la referente a los miembros del movimiento

considerados de “ala izquierdista” y se expone de la siguiente manera en palabras de Tushnet:

“Aquí el criticismo es que los CLS, a diferencia del Marxismo, fallan en proporcionar una base teórica social para los juicios sobre qué acción política al servicio de los objetivos de izquierda es la adecuada. No identifica ninguna agencia de cambio histórico, y así degenera en mera subjetividad; y no describe ningún proceso por el cual sus metas de izquierda estén obligadas a, o que incluso probablemente estén, realizadas en el orden social”. (Mark 2011, 292)

Lo primero que realiza esta segunda crítica es un paralelo entre los CLS y el Marxismo, aduciendo que los primeros carecen de fundamentos teóricos sociales que les permita determinar qué políticas encaminadas a los fines izquierdistas son las pertinentes o las convenientes a adoptar. A renglón seguido, la crítica hace alusión a la carencia de instituciones de orden histórico, por lo que sus aspiraciones terminan siendo exclusivamente subjetivas, abstrayéndose de hacer referencia a situaciones históricas por las cuales los objetivos de la izquierda estén comprometidos con el orden social.

De hecho, algunos autores consideran que la afirmación de que “el derecho es política” por parte de los *crits* está permeada por un trasfondo nihilista, un nihilismo que va más allá del planteado por el realismo. Bajo esta premisa, consideran que el fin de los CLS no es el de revelar las contradicciones al interior del derecho para buscar la equidad social, sino el de simplemente ejercer una crítica

sin un propósito o finalidad específica, toda vez que cualquier sistema que se instaure para relevar el Derecho como tal, no sería ajeno al mismo tipo de críticas desplegadas para arremeter en contra del Derecho:

*“Cuando los estudiosos de la escuela crítica insisten en que «el derecho es política», ellos quieren decir algo muy diferente y más nihilista que los realistas o las feministas. Los estudiosos de la escuela crítica quieren desenmascarar el derecho, pero no para hacerlo un instrumento efectivo para una buena política pública o para la igualdad. El objetivo de su crítica es la crítica. Los estudiosos de la escuela crítica entienden que cualquier estructura normativa creada para suplantar al derecho va a ser susceptible de la misma crítica que usan para atacar al derecho”.
(Owen M. 1991, 133)*

Esta crítica de Owen advierte que para los *Critical Legal Studies* no representaría una solución a su máxima del “derecho es política” el hecho de cambiar o suplantar el ordenamiento jurídico por otro tipo de sistema legal, toda vez que básicamente haría uso de la misma crítica deconstructiva para encontrar las contradicciones inherentes al mismo, desembocando en una “crítica por criticar” sin presentar soluciones plausibles o eficientes a sus ataques en contra del derecho. La intención final de su crítica sería la crítica solamente.

Pese a la anterior posición eminentemente crítica y quizás escéptica, Fiss sugiere que algunos *crits* han hecho el intento de “ir más allá” con su crítica, tratando de exponer en qué se

transformaría el Derecho una vez fuese descubierto, revelado, figuras icónicas del movimiento como Kennedy y Unger aparecen una vez más en el escenario:

“Unos pocos han tratado de ir más allá. Ellos intentaron construir un programa afirmativo y explicar en qué se convertiría el derecho una vez que es desenmascarado, pero en cada instante el programa afirmativo ofrecido es más bien vacío y poco atractivo. En verdad, se convierte en otra forma de negativismo. Uno de esos programas ha sido presentado por Duncan Kennedy, generalmente considerado como el Abbie Hoffman del movimiento. El programa de Kennedy contempla una forma particularizada de aplicación del derecho, en la que los jueces observan la totalidad de las circunstancias y simplemente deciden sin la orientación de las reglas y principios (que, por supuesto, van a ser vulnerables a la crítica), pero con un completo entendimiento de su situación histórica y con la voluntad de la responsabilidad total por sus decisiones. Otro así llamado programa afirmativo ha sido ofrecido por Roberto Unger, cuyos trabajos me parecen la verdadera inspiración del movimiento. Él nos urge a usar el Poder Judicial como un instrumento de desestabilización –de destrucción de cualquier estructura que exista en ese momento–, no como un medio que nos conduzca más cerca del nirvana (que, dadas las distorsiones de las estructuras sociales existentes, no pueden ser especificadas), sino como una manera de revelar nuestra capacidad para trascender el contexto particular en el que nos encontramos”. (Owen M. 1991, 133-134)

Ambas propuestas, tanto la de Kennedy como la de Unger, se enfocan en el poder judicial como el mecanismo idóneo o la herramienta apta que relevaría al Derecho una vez fuese desenmascarado. Por un lado, Kennedy aboga por un sistema en que los jueces tomen sus decisiones basados en las diversas situaciones que rodean a las partes en litigio, desde las circunstancias históricas, hasta las sociales y económicas, asumiendo la decisión judicial como un acto eminentemente volitivo o producto de su voluntad consciente. Por su parte, Unger hace un llamado a utilizar el poder judicial como mecanismo de demolición, de desmantelamiento del *status quo* vigente, empoderando al individuo para cambiar, modificar su realidad social.

La presencia de ese fuerte escepticismo al interior de los CLS puede estar relacionada, al menos en parte, con la carencia de la construcción de una teoría ética propia o prestada de otro movimiento o pensamiento filosófico. Esto aunado a la conclusión de Duncan Kennedy que asevera que el conflicto entre el individualismo y el altruismo puede conceder terreno ante la realización de una valoración en términos de un metasistema que permita adaptar esta dicotomía de acuerdo a las circunstancias. Resulta no sólo acertado sino también pertinente citar al profesor Pérez Lledó a la hora de analizar esta crítica a la carencia de una teoría ética al interior *Critical Legal Studies*:

“¿Cuál es la teoría ética de CLS? Ninguna. CLS es un movimiento de juristas que, desde luego, no ha construido ni ha pretendido construir por sí mismo una teoría ética original,

*propia del movimiento (la teoría de los «grupos orgánicos» propuesta por Unger puede considerarse como una reconstrucción ética no carente de cierta originalidad, pero no ha sido acogida por el resto del movimiento). CLS tampoco ha adoptado en común una sola teoría ya existente, tomándola prestada de los filósofos. Pudiera entonces pensarse que, en cuanto movimiento político, intelectualmente tan plural, si los CLS no comparten una misma teoría ética, al menos individualmente cada uno habrá adoptado alguna, aunque sea distinta de la de otros compañeros de movimiento. Ante esto la respuesta ha de ser más matizada. Es cierto que algunos miembros de CLS se manifiestan más o menos próximos a alguna filosofía ética (dado ese pluralismo interno, no falta incluso quien abraza una ética liberal de signo kantiano)¹⁶. Pero, por lo general, los CLS (o su mayoría, o su «centro de gravedad») suelen rechazar la posibilidad de fundamentar una teoría ética elaborada. Entonces, ¿ese rechazo está fundamentado en alguna teoría metaética?» (Pérez Lledó, *Critical Legal Studies y el Comunitarismo* 1995, 158)*

Así pues, la inexistencia de una teoría ética o de un sistema metaético que permita conciliar el conflicto moral y práctico existente entre el individualismo y el altruismo, o sea, la contradicción fundamental planteada por Kennedy entre estos dos modelos (individualismo y altruismo), demuestra que los CLS son poseedores de un férreo escepticismo teórico que no se remite a en una teoría ética o metaética que lo sustente.

Y es que autores como el propio Costas Douzinas consideran que el movimiento de los *Critical Legal Studies* es llamado a asumir una responsabilidad de tipo ético, de hecho, se basa en la premisa de Kant de que todos estamos llamados a reconocer y asumir una posición ética antes de aventurarnos en cualquier tipo de cuestionamiento, al menos así se pronuncia al abordar el tema de la ética posmoderna del derecho: *“Atrapados entre el llamado a la justicia y la falta de criterios determinantes para la acción ética, los critical legal studies adquieren una responsabilidad - de hecho, se podría decir que adquieren una responsabilidad por la responsabilidad. Una ética posmoderna del derecho parte así del reconocimiento (kantiano) de que estamos llamados a la ética antes de comenzar su cuestionamiento y el nuestro”*. (Douzinas y Goodrich 1994, 22)

6.7. Las falencias esenciales en la crítica al liberalismo

A manera introductoria, resulta de importancia señalar que el movimiento de los *Critical Legal Studies* encuentra un punto de convergencia con las teorías jurídicas tradicionales precisamente en la crítica que ejerce al liberalismo y se fundamenta precisamente en el ataque a la forma en que el liberalismo ha resuelto históricamente esa pugna constante entre los intereses individuales y colectivos a través de la imposición de un ordenamiento jurídico de aplicación exégeta que indefectiblemente presenta una gran cantidad de fallas:

“(...) El núcleo de esta crítica es la discusión de que la afirmación hecha por el liberalismo para resolver el conflicto persistente y sistemático entre los intereses individuales y

sociales a través del mecanismo de reglas objetivas dentro de un marco de justicia procesal es inherentemente defectuosa. La mediación entre los intereses en conflicto en el mejor de los casos ofrece sólo una respuesta pragmática al conflicto social que no puede lograr otra cosa que un conjunto de resultados que reflejan la distribución desigual del poder y de los recursos mientras pretenden actuar en nombre de un conjunto de valores sociales universales". (Hunt, The Theory of Critical Legal Studies 1986, 5)

Sintetizaré en dos las falencias que, desde la óptica doctrinaria, poseen los *Critical Legal Studies* a la hora de elaborar su crítica al liberalismo. La primera de ellas, que resulta de obligatoria inclusión debido al profundo análisis del autor quien dedicó una obra completa a la crítica liberal de los *CLS* es la de Andrew Altman. Si bien sus análisis y observaciones sobre este particular son de diversa gama, me centraré en la que considero es la más concreta y que, afortunadamente, ofrece menor abstracticidad al lector para su comprensión. Se trata básicamente de que los *crits* basan su ataque a la teoría liberal en el argumento de que el ordenamiento jurídico, o la ley en general, puede resolver autónomamente todos los conflictos que emergen de las diversas interrelaciones entre los asociados. Veamos de forma directa, cómo aborda Altman este tema en su obra:

"(...) Este argumento de los CLS contra el liberalismo, en gran medida débil, se basa en una confusión entre dos afirmaciones muy diferentes. Una es que el imperio de la ley

puede resolver el dilema fundamental en nuestras relaciones con los demás. Tal vez exista algún teórico liberal que haya hecho tal afirmación, aunque lo dudo. Pero incluso si existe tal teórico, no hay razón para considerar su punto de vista sobre el tema como esencial para la teoría jurídica liberal. Las teorías liberales más sólidas no sostienen la afirmación bastante inverosímil de que el imperio de la ley resuelve este dilema, pero sí la muy diferente que afirma que el establecimiento del imperio de la ley es una mejor manera de refutar al problema que una respuesta que dejaría al poder público y privado no confinados ni regulados por la ley. (...) El punto aquí es que no se deciden (CLS) al señalar que la ley es incapaz de garantizar que el individuo estará protegido de otros que pueden subvertir su sentido de identidad y autoestima". (Altman, Critical Legal Studies - A Liberal Critique 1993, 188, 189)

La segunda falencia en la crítica a la doctrina liberal por parte de los *Critical Legal Studies* es la que Surya Prakash Sinha sintetiza de forma clara en su texto sobre filosofía jurídica (Prakash Sinha, 1993) y que subdividir en dos a saber:

La que hace alusión a la laguna de los CLS a la hora de proporcionar una mejor alternativa a la que propone la teoría o doctrina liberal, ignorando aspectos de orden sociológico, que a su vez generan un vacío al momento de desvelar cómo la ideología permea las diversas instituciones sociales: "(...) Los CLS deben no sólo proporcionar una alternativa sino una mejor. Le ha faltado eso. La crítica de los CLS al liberalismo carece de persuasión cuando se

concentra en la ideología e ignora la experiencia social. De este modo, no muestra cómo el contenido ideológico se incorpora a las instituciones. (...)

Además, al ocuparse de la deslegitimación, la deconstrucción y demás ha desviado su atención de demostrar que el liberalismo ha sido inadecuado para satisfacer las necesidades de las personas, satisfacer sus deseos y proporcionar una evaluación del derecho en términos de justicia”. . (Prakash Sinha 1993, 317, 318)

Esta primera parte de la crítica puede condensarse en que los *CLS* han obviado la inclusión del factor sociológico, enfocándose meramente en el ideológico, descartando la parte o estructura de las relaciones en sociedad, para dar primacía a la ideología. Encuentro posible coincidir, o al menos encuentro cierta simpatía por esta crítica, ya que si tenemos en cuenta que pese a que el movimiento Derecho y Sociedad (como vimos en su respectivo capítulo) compartió ciertas posiciones de ala izquierda con los *Critical Legal Studies*, lo cierto es que éstos últimos se mostraron apáticos con la ciencia social al tacharla como una argucia de naturaleza objetivista que patrocinaba el *statu quo*. Esta es una de las razones por las cuales la experiencia social o el aspecto sociológico brilla por su ausencia en algunas de las ideas de los *CLS*, razón por la cual pienso que esta crítica puede tener fundamento si se mira casi que exclusivamente desde la óptica planteada.

Coincidiendo con el doctrinante en comentario, la segunda falencia es la que atañe a la afirmación por parte de los *Critical Legal*

Studies de que existe una relación inquebrantable entre el liberalismo y el capitalismo, por lo tanto, la doctrina liberal debe hacerse responsable de las consecuencias de este último:

“(...) La crítica de los CLS sostiene que hay una relación necesaria entre el liberalismo y el capitalismo y que el liberalismo debe asumir la responsabilidad por los males del capitalismo. Sin embargo, es difícil aceptar que el liberalismo considere las relaciones de mercado naturales o necesarias. De hecho, algunos liberales son muy críticos con el capitalismo. Hume, por ejemplo, niega que los derechos de propiedad sean naturales. En su lugar, los considera como una convención social. El apoyo liberal al capitalismo había sido contingente, concedido sólo en la medida en que sirvió a los intereses de seguridad y bienestar de la gente común”. (Prakash Sinha 1993, 318)

Esta crítica obedece a un amplio debate suscitado entre las nociones de liberalismo y capitalismo y la relación entre ambos sistemas, por lo que resultaría extenso abordarlos, al menos de fondo en la presente investigación. Sin embargo, es preciso hacer alusión a la naturaleza de cada una de ellas para así entender su relación y poder establecer una posición en relación a la crítica enunciada.

Lo primero es mencionar que tradicionalmente la noción de liberalismo ha estado ligada a la de un sistema político-social que enfatiza en los derechos individuales, la igualdad de oportunidades y la libertad individual garantizada en la ley. Por su parte, el capitalismo, esencialmente hablando, ha sido un sistema económico

basado en la economía de mercado donde los medios de producción son propiedad privada y se explotan con fines de lucro. Estas serían las definiciones generales y sintetizadas de ambos sistemas, el liberalismo por su parte como filosofía o sistema socio-político y el capitalismo, por el otro, como sistema socio-económico basado en el capital como herramienta de producción.

Si bien de primeras podemos observar que ambos sistemas parecen obedecer a fines diferentes, y citando la anterior afirmación del doctrinante Prakash Sinha que advierte que *“es difícil aceptar que el liberalismo considere las relaciones de mercado naturales o necesarias”*, propongo analizar la concepción que a nivel doctrinario se ha mantenido por algunos autores a la hora de analizar este punto de intersección entre ambas doctrinas o sistemas desde el punto de vista o enfoque del utilitarismo:

“(...) el liberalismo clásico, al igual que el capitalismo mismo, ha estado estrechamente asociado con el utilitarismo. El utilitarismo proporciona un argumento para cada una de las características principales del liberalismo clásico, incluyendo su apoyo a la propiedad robusta y a los derechos contractuales, conjuntamente con su énfasis en la eficiencia y distribuciones del mercado. No debería sorprender que casi todos los grandes economistas liberales clásicos, entre ellos Adam Smith, David Ricardo, Thomas Malthus, John Stuart Mill, F. Y. Edgeworth y Alfred Marshall, fueran utilitaristas”. (Freeman 2011, 25)
(Subrayado mío)

Como podemos apreciar en el análisis del profesor Samuel Freeman⁹⁴, encontramos que, basado en la tesis o doctrina del utilitarismo, el liberalismo clásico ha apoyado la propiedad y sus derechos de forma conjunta con un especial acento en la eficiencia y distribuciones del mercado, noción que desvirtúa la crítica de Prakash Sinha a la relación entre liberalismo y capitalismo de los *CLS* en cuanto a que es difícil aceptar que la doctrina liberal tenga en cuenta las relaciones de mercado necesarias. Esto desde un punto de vista eminentemente utilitarista, vale la pena aclarar.

Ahora bien, si la anterior concepción logra confirmar la relación existente entre liberalismo y capitalismo, fortificando la crítica de los *CLS*, resulta sano a efectos de realizar un análisis comparativo entre las dos posiciones, examinar la posición que afirma lo contrario. Para tales efectos, me permitiré citar al importante economista de la escuela teórica austríaca Ludwig von Mises quien da sustento a la crítica del profesor Prakash Sinha en relación a su noción del apoyo liberal al capitalismo:

“El liberalismo no es un sistema con interés en un grupo en particular, sino con interés en toda la humanidad. Por lo tanto, es incorrecto afirmar que los empresarios y capitalistas tienen un interés especial en apoyar el liberalismo. Su interés en defender el programa liberal es exactamente el mismo que el de todos los

⁹⁴ El profesor Samuel Freeman ha enseñado en la Universidad de Pensilvania desde 1985, año en que recibió su Ph.D. en Filosofía de la Universidad de Harvard, teniendo como director de disertación al propio John Rawls. Una de las áreas de investigación y enseñanza de Freeman es precisamente el Liberalismo y la justicia económica además de la doctrina del utilitarismo.

demás. Puede haber casos individuales en los que algunos empresarios o capitalistas encubran sus intereses especiales en el programa del liberalismo; pero opuestos a estos están siempre los intereses especiales de otros empresarios o capitalistas". (Mises 2002, 12).

7. INFLUENCIA DE LOS CLS EN COLOMBIA

“El derecho en América Latina vive un momento privilegiado en el que la agencia humana puede contribuir al rediseño de los fundamentos teóricos de la disciplina. De este momento de redefiniciones teóricas saldrán nuevas versiones estándares de la práctica jurídica y CLS tiene mucho que aportar en ese esfuerzo”. (D. E. López Medina, Libertad y restricción de la decisión judicial - Presentación 1999, 15)

7.1. Introducción

Creo que no existe mejor forma de dar inicio a este capítulo que citando la respuesta del propio Duncan Kennedy al cuestionamiento que el jurista colombiano Diego López Medina le solicitó abordar con motivo de una Conferencia sobre globalización que se llevó a cabo en tres facultades de Derecho en Bogotá, Colombia, en el mes de abril del año 2001. Esa pregunta o cuestionamiento fue: *¿Qué tienen que aportar los estudios jurídicos*

críticos a los países periféricos?(D. Kennedy, *Two Globalizations of Law & Legal Thought: 1850-1968* 2003, 631).

La respuesta de Kennedy al anterior interrogante resume o sintetiza lo que ha sido la influencia del pensamiento de los miembros del movimiento de los *Critical Legal Studies* en Colombia:

*“Mi respuesta a la pregunta fue que, aunque los critical legal studies como movimiento político ha estado muerto durante varios años, los critical legal studies como una escuela académica del pensamiento jurídico está muy viva y tiene un análisis para contribuir, no a los países periféricos genéricamente, sino a la parte de los intelectuales de los países periféricos que está interesada en las críticas izquierdistas / modernistas / posmodernistas del sistema mundial actual”. (D. Kennedy, *Two Globalizations of Law & Legal Thought: 1850-1968* 2003, 631).*

La afirmación de Kennedy describe casi que fielmente el estado actual de la influencia actual de los *CLS* en el entorno colombiano, empero, resulta necesario hacer algunas observaciones importantes. Pese a que, si bien el aporte realizado por los herederos del Realismo Jurídico ha permeado el pensamiento de los intelectuales o de la *intelligentsia*⁹⁵ como lo denomina el autor,

⁹⁵ “A la palabra *intelligentsia* se le han dado diversos significados desde que comenzó a emplearse en Rusia durante el pasado siglo. Primeramente, se utilizó para designar a la clase culta alienada, a personas que estaban en pero no eran del sistema social. En esta primera época se consideraba que la *intelligentsia* sentía una sensación de apartamiento no sólo de las masas de la sociedad, sino también de todo el sistema social. Era nihilista. Más tarde, la palabra perdió su sentido de grupo nihilista «alienado» y adquirió el significado de personas que «trabajan» primordialmente con la mente en vez de con las manos. Se empezó a emplear para

considero que tal influencia ha ido aún más allá, principalmente en el ámbito judicial colombiano, específicamente de los altos tribunales: Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia, tal como analizaré en su acápite correspondiente más adelante. Por tanto, el término *intelligentsia* que utiliza Kennedy debe hacerse extensivo a este grupo social, el conformado por las personas que imparten justicia o simplemente, los jueces.

Por otro lado, pienso que el término también debe hacer alusión a la esfera académica colombiana, ya que la influencia de las ideas y propuestas en general de los *Critical Legal Studies* han logrado permear e influenciar el entorno de las universidades, profesores y alumnos en Colombia, de hecho, no resulta aventurado afirmar que este ámbito ha sido el que ha acogido con mejores ojos y disposición la teoría e ideas de este movimiento antiformalista del Derecho. Más adelante, dentro de este mismo capítulo, desarrollaré este importante tema con la profundidad que merece y en su acápite correspondiente.

designar los grupos técnicos, directores y "burocráticos" de la sociedad. El nuevo concepto incluía a la clase intelectual como parte integrante de la sociedad: en y de ella.(...)

Se trata de los individuos formados en los «colleges», las universidades y la profesión. Los intelectuales no se encuentran actualmente alienados de la sociedad, sino que a menudo son sus dirigentes, gobernantes o directores influyentes. El uso del término, aplicado únicamente a ellos, no quiere decir, sin embargo, que los anteriores grupos o clases dirigentes fuesen ineducadas o poco inteligentes. Quiere decir simplemente que la escala de la movilidad social más rápidamente ascendente y más comúnmente empleada en la actualidad es la de la educación superior.”(Zimmerman 1962, 28)

Finalmente, comentar la importancia que tuvo la promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991 como gran detonante para la llegada y ascenso de las teorías críticas y tesis antiformalistas del derecho al escenario jurídico-legal del país, principalmente en el ámbito constitucional.

En otras palabras, el establecimiento de la Corte Constitucional como nuevo Tribunal autónomo⁹⁶, fue parte determinante y “caldo de cultivo” para el advenimiento de este tipo de teorías y corrientes en el entorno jurídico local como ya veremos más adelante en su respectivo capítulo.

7.2. El control de constitucionalidad como punto de partida para el paso de un sistema monista a dualista: La Constitución como norma de normas

Con la expedición de la Constitución Política de 1991, nace la figura del control de constitucionalidad como herencia de una de las instituciones fundamentales del Derecho estadounidense que la consagra en los siguientes términos en su propio texto supremo:

“El Poder Judicial se extenderá a todas las Controversias, tanto de Derecho como de Equidad, que surjan como

⁹⁶ “Desde finales de la década de los treinta hasta 1991 con la expedición de una nueva Constitución, se dice que la teoría jurídica dominante en la conciencia nacional sería de nuevo el formalismo. Pero ante la evolución del constitucionalismo moderno representado en cartas de derechos más amplias, con un tribunal que los garantice, se expresó que el nuevo derecho había renacido de sus cenizas. En ese orden de ideas, gran parte de la comunidad jurídica ha encasillado a los jueces en una de dos escuelas: formalismo (usualmente se le coloca ese sello a la Corte Suprema de Justicia) y antiformalismo (a la Corte Constitucional se le ha identificado con esta corriente)” (Benítez Rojas y González Herrera 2007, 161)

consecuencia de esta Constitución, de las Leyes de los Estados Unidos y de los Tratados celebrados o que se celebren bajo su Autoridad...” (Artículo III, Sección 2, Constitución de los Estados Unidos de América, 1787).

Más adelante, la Carta Magna estadounidense, más precisamente en el segundo párrafo de su Artículo VI establece a tenor literal:

“Esta Constitución, y las Leyes de los Estados Unidos que de ella emanen, y todos los Tratados celebrados o que se celebren bajo la Autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema Ley del País y los Jueces de cada Estado estarán obligados a acatarlos, a pesar de cualquier Disposición contraria que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”.

La Convención Constitucional de Filadelfia (Pensilvania), como adoptante de la Constitución de los Estados Unidos en 1787, tenía más que claro en aquel entonces (1787) que se debía crear un Tribunal Supremo que mediara, que ejerciera un control, dentro de los límites de la Constitución, de las diversas relaciones y vínculos de los estados federados con el Gobierno: “(...) querían un Tribunal Supremo que encabezara el poder judicial en el cuadro de esa división y que arbitrara en la órbita de la Constitución las relaciones de los estados entre sí y con el Gobierno federal (...)” (Sánchez Agesta 1988, 180)

Este legado Constitucional del Derecho de los Estados Unidos se plasma en la Constitución Política de Colombia a través de la

creación de un Tribunal Supremo, guardián de la Carta Magna, denominado a partir de 1991 “Corte Constitucional”: *“A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo”* (Artículo 241, Constitución Política de Colombia, 1991).

El anterior artículo complementa lo que, en su artículo 4º, la Carta Magna de los colombianos establece acerca de superioridad de la Constitución sobre todo el ordenamiento jurídico así: *“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”*.

Previo a la expedición de la Constitución Política de 1991, Colombia optaba por un modelo monista, adaptado del ordenamiento jurídico francés, modelo que puede concebirse en los siguientes términos:

“Este sistema monista encuentra su sustento en las ideas de Kelsen. En efecto, dicho autor sostenía que existe solo una norma fundamental que da validez a todo el ordenamiento jurídico, norma única que termina por unir al Derecho Interno con el Internacional ya que ambos encuentran en ella su razón de validez” (Giadalah 2006, 446)

Tal concepción de la norma jurídica como fuente de Derecho, desplazaba la relevancia y superioridad de la Constitución, a la cual otorgaba un sentido más político que jurídico, situación que cambiaría a partir de la expedición de la Carta Magna colombiana de

1991. En este nuevo escenario, la norma constitucional se despoja de su naturaleza política para adquirir un valor jurídico y ponerse en la cima de todo el ordenamiento jurídico interno, consagrando un sistema constitucional dualista, defendido por autores como Bruce Ackerman⁹⁷, sintetizado de forma acertada por Abad y Montserrat de la siguiente manera:

“Ackerman defiende un tipo de Constitución dualista, que es aquella que busca la diferenciación entre los dos diferentes órganos de decisión sobre los que se produce una democracia. La primera decisión es tomada por el pueblo y, la segunda, por sus gobernantes. (...) La democracia dualista mejora, según Ackerman, el concepto de democracia monista (aquella en la que son los gobernantes los únicos que deciden), puesto que introduce más democracia directa en la toma de decisiones. Ackerman introduce este concepto de democracia dualista en nombre del realismo y no en base a un tipo de idealismo utópico y lo sitúa en el centro del sistema democrático”. (Molas y i Ninet 2009, 607)

Dentro de este ecosistema jurídico, podemos diferenciar claramente dos órdenes normativos, en el primero, la Constitución se erige en la cúspide de todo el ordenamiento legal, dejando a las normas ordinarias y reglas en un segundo nivel de jerarquía inferior

⁹⁷ Bruce Ackerman es profesor de Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad de Yale, donde es titular de la cátedra Sterling, el rango académico más alto de esta prestigiosa institución educativa. El profesor Ackerman ha sido autor de numerosos libros sobre Derecho Constitucional, Filosofía Política y Políticas Públicas, entre otros temas. Algunas de sus obras más influyentes han sido traducidas al castellano, tales como "Del realismo al constructivismo jurídico", "La política del diálogo liberal" y "El Futuro de la Revolución Liberal".

y directamente subordinadas a los enunciados y principios constitucionales.

La superioridad jerárquica de la Constitución Política es garantizada a través de la institución del control de constitucionalidad, el cual otorga a los jueces constitucionales un rol protagónico en el ordenamiento jurídico interno. El advenimiento de este sistema dualista, con la Carta Magna en el nivel superior de la pirámide, trajo consigo el estudio de dos corrientes de la teoría jurídica anglosajona, la primera en mayor medida que la segunda: La teoría constructivista (Hart y Dworkin) y las teorías críticas del Derecho (Realismo Jurídico y Critical Legal Studies):

“El cambio introducido con el paradigma de la interpretación jurídica de Dworkin, sus críticas igualitarias del liberalismo político, y sus tesis acerca de los principios generales del derecho han sido altamente relevantes en los desarrollos filosóficos colombianos, especialmente desde la promulgación de la constitución de 1991. Es la influencia decisiva de Rodolfo Arango(Rodolfo 1999) la que explica cómo las teorías de Dworkin y sus desarrollos dogmáticos llegaron a ser parte del currículo universitario”(Pattaro y Roversi 2016, 870)

Podemos afirmar que las teorías anti formalistas o corrientes críticas del Derecho han tenido una menor influencia, esto como producto de su desplazamiento por el formalismo jurídico como herencia del derecho francés, en un entorno donde la neutralidad de los jueces, la coherencia del derecho, y las teorías constructivistas han ocupado una parte importante del espectro de estudio de

nuestros operadores jurídicos, a pesar del gran peso actual de las teorías críticas en la cultura jurídica anglosajona.

Algunas de las razones fundamentales de esta incipiente injerencia de las teorías críticas anglosajonas en el Derecho colombiano han sido condensadas por el profesor César Rodríguez en su Estudio Preliminar de la obra de Kennedy “Libertad y Restricción en la Decisión Judicial” en cuatro a saber:

“En primer lugar, la adopción en el siglo XIX del sistema jurídico francés – fundamentalmente a través de la introducción de códigos civiles inspirados en el Código de Napoleón – hizo de la ley escrita y codificada la fuente suprema del derecho. En el ámbito de la teoría jurídica, este hecho dio lugar a una tradición formalista aún prevalente, centrada en la exégesis de los textos legales y en la insistencia en el carácter apolítico de la adjudicación. En segundo lugar, la educación jurídica ha tendido a reproducir la concepción formalista del Derecho, al concentrarse casi de manera exclusiva en el estudio de las normas positivas, lo que ha generado al mismo tiempo una atención solo marginal a la jurisprudencia y un escaso análisis de las relaciones entre el derecho y la vida social. En tercer lugar, el desconocimiento del realismo jurídico ha impedido que se articule en nuestro medio una crítica radical al derecho y a la adjudicación. Como lo sostiene Kennedy, en los países de tradición jurídica francesa no ha existido una crítica interna al derecho, un equivalente del “virus” de la teoría jurídica estadounidense. Por último, el peso histórico del formalismo y de su confianza en la racionalidad interna del derecho ha

dificultado la entrada del pensamiento moderno al ámbito de la teoría jurídica". (D. Kennedy, Libertad y Restricción en la Decisión Judicial 1999, 33)

Si bien el profesor Rodríguez describía adecuadamente en su estudio preliminar de 1999 que las teorías críticas no habían permeado el entorno del Derecho colombiano hasta ese entonces, con el advenimiento del siglo XXI, se empezaría a observar una fuerte injerencia del realismo y post-realismo jurídico en Colombia, con los *Critical Legal Studies* como lo veremos en el siguiente acápite.

7.3. La repercusión de las ideas de los CLS y las teorías críticas del derecho en el ámbito académico colombiano: Las facultades de Derecho y la producción intelectual

Como pudimos apreciar párrafos atrás, debido a la injerencia de académicos del derecho como el profesor Rodolfo Arango (Pattaro y Roversi 2016), la dogmática jurídica de autores como Dworkin empezó a tener tanta influencia en el medio jurídico local que incluso llegó a erigirse como asignatura del currículo de la carrera de Derecho en muchas facultades del país.

Sin embargo, como contrapeso, o en contraposición a la difusión de estas teorías constructivistas o formalistas del derecho en el universo académico colombiano, a principios del siglo actual, varias facultades de Derecho, por medio de sus profesores, empezaron no solo a incorporar en sus cátedras el estudio de teorías críticas del Derecho, como la del Realismo Jurídico, *Law and Economics*, Teoría Feminista y obviamente los *Critical Legal Studies*,

sino también a realizar publicaciones de libros, artículos y textos sobre el tema:

“La teoría feminista ha encontrado suelo fértil en la Universidad de los Andes a través de publicaciones como La mirada de los jueces: Género en la jurisprudencia latinoamericana (The judicial perspective: Gender in Latin America’s jurisprudence, Motta and Sáez 2008), un trabajo colectivo editado por Cristina Motta y Macarena Sáez, y también, en gran medida, a través del trabajo de organizaciones sin ánimo de lucro abogando por la igualdad de derechos de las mujeres. Los Critical Legal Studies (especialmente el trabajo de Duncan Kennedy) ha sido desarrollado por Diego López Medina (2006), quien se encuentra ahora en medio de los teóricos más influyentes de los CLS en América Latina”. (Pattaro y Roversi 2016, 870)

La inquietud por adoptar teorías críticas anglosajonas dentro de la enseñanza del Derecho, nace como iniciativa de varios educadores de universidades colombianas como la de los Andes (privada) o la Nacional (pública), donde profesores como Helena Alviar García, Jorge González Jácome, Isabel Cristina Jaramillo y el ya mencionado Diego López Medina, tuvieron como mentores a académicos de los *Critical Legal Studies* como el propio Duncan Kennedy durante su paso por la Universidad de Harvard cuando realizaban sus estudios pre doctorales.

Al inicio del conversatorio de Duncan Kennedy con los estudiantes de Derecho de la Universidad de los Andes de Bogotá en

2010, claustro académico del cual también recibió el título de Doctor en Derecho *Honoris Causa* en esa ocasión, la profesora Alviar resaltó la gran influencia del jurista norteamericano en el ámbito académico colombiano de la siguiente manera:

“Esta es una pequeña forma de agradecer a Duncan por su dedicación, generosidad intelectual y rigurosidad, y para mostrar lo influyente que ha sido su obra sobre muchos profesores y alumnos de esta y otras facultades de Derecho en Colombia”.
(Universidad de los Andes 2010)

Asimismo, varias editoriales colombianas se han ocupado de publicar obras traducidas al castellano de algunos de los más célebres miembros de los diversos movimientos en teoría crítica del derecho. Por ejemplo, Siglo del Hombre Editores de Bogotá⁹⁸, editaría traducciones por parte de profesoras de la Universidad de los Andes de obras de figuras prominentes en la Teoría Feminista del Derecho como Wendy Brown y Patricia Williams (Wendy y Patricia 2003), incluyendo un estudio preliminar de la también profesora de la mencionada Universidad colombiana, Isabel Cristina Jaramillo Sierra.

⁹⁸ Siglo del Hombre Editores desde 1992 ha estado al servicio de la de la promoción, difusión y distribución de publicaciones de destacadas editoriales de perfil académico, profesional, universitario y cultural de Colombia, España, México, Argentina y Chile. Como editor cuenta con más de 200 obras publicadas que atienden a diversos niveles del estado de conocimiento de la sociedad, aplicables en la docencia e investigación, en el ejercicio profesional y en el ámbito cultural.

De esta manera, una de las obras más importantes de Duncan Kennedy “Freedom & Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology”⁹⁹, sería también editada por la mencionada editorial, con traducción del profesor Diego López Medina y estudio preliminar de César Rodríguez(D. Kennedy, Libertad y Restricción en la Decisión Judicial 1999), ambos profesores de la facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

Por su parte, la Universidad Nacional, entidad educativa de naturaleza pública en Colombia, también contribuye al discurso jurídico de la teoría de los *Critical Legal Studies* con la traducción al español y edición de Form & Substance in Private Law Adjudication(Villegas 2001), obra también de Duncan Kennedy.

De igual forma, una amplia cantidad de ensayos y artículos sobre *Critical Legal Studies*, Realismo Jurídico y Teoría Crítica del Derecho también han visto la luz del día en el entorno académico colombiano, entre los cuales podemos destacar el trabajo de Domingo A. Mesa M. para la Revista Criterio Jurídico de la Universidad Javeriana de Bogotá (Mesa M. 2002) que hace un estudio profundo de los *Critical Legal Studies* desde sus albores, incluyendo un repaso inicial a las corrientes críticas del Derecho, el ensayo de Carlos Andrés Zapata de la Universidad de Antioquia sobre crítica jurídica (Cardona 2012) que aborda el tema del

⁹⁹ Véase “Libertad y Restricción en la Decisión Judicial”, obra publicada en 1999 (D. Kennedy, Libertad y Restricción en la Decisión Judicial 1999)

movimiento de los CLS como una de las corrientes más importantes de la crítica jurídica norteamericana.

Asimismo, César Cermeño y Julián González, abogados colombianos miembros de la prestigiosa firma global Deloitte, realizan un interesante aporte al analizar a través de su artículo para la Revista de Derecho Aduanero en Colombia (César y Julián 2011), la naturaleza humana del Juez, efectuando sus observaciones y críticas desde la óptica del Realismo Jurídico y de los *Critical Legal Studies*.

En este mismo sentido, y en cuanto a libros se refiere, cabe destacar el trabajo del ya mencionado profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Diego Eduardo López Medina, discípulo de Duncan Kennedy durante la realización de su doctorado en la Universidad de Harvard en los Estados Unidos, y uno de los abanderados del movimiento de los *Critical Legal Studies* en Colombia. López Medina ha editado diversos artículos y ensayos sobre el tema, dentro de los cuales merece la pena hacer mención de su obra “Teoría Impura del Derecho” (D. E. López Medina, Teoría impura del Derecho 2004), en la cual aborda las transformaciones en la cultura jurídica colombiana y latinoamericana en general, con un prólogo del propio Duncan Kennedy.

De todas formas, pese a la gran cantidad de doctrinantes y juristas quienes han continuado la tradición de los *Critical Legal Studies* o que bien han visto sus obras, artículos o ensayos influenciadas por algunos de los miembros más visibles del

movimiento, o que bien han traducido algunas de las obras más relevantes de los *CLS*, resulta importante señalar que, hasta la fecha, no existe una obra o texto específico dedicado exclusivamente a esta corriente filosófica en Colombia. De aquí nace una de las razones o motivaciones más importantes a la hora de abordar la presente tesis doctoral, aunada al hecho de que la única obra en lengua española que trata de forma exclusiva lo relacionado con el movimiento de los *Critical Legal Studies* fue la del profesor Pérez Lledó¹⁰⁰ de la Universidad de Alicante, y ello fue hace ya más de dos décadas.

7.4. Influencia de las escuelas anti formalistas y teorías post-realistas del Derecho en la jurisprudencia colombiana: Introducción

Luego de la entrada en vigor de la Constitución Política de Colombia en 1991, a partir de la cual se deja atrás la exégesis heredada de la tradición jurídica de la época del absolutismo francés, donde la ley era fuente de todo derecho, se le desplaza a un segundo plano para orbitar todo el ordenamiento jurídico colombiano en torno a la Carta Magna y a los principios consagrados en esta.

Asimismo, y como vimos con antelación, con la expedición de la nueva “norma de normas” empezando la década de los noventa, se creó la Corte Constitucional, tribunal al que se le otorgó total

¹⁰⁰ Véase “El movimiento de los Critical Legal Studies” (Pérez Lledó, El Movimiento Critical Legal Studies 1996), obra referenciada en varias oportunidades durante el presente trabajo, y que inicialmente constituyó la tesis doctoral del profesor Lledó en 1993 la cual tres años más tarde vería la luz del día editada oficialmente en forma de libro por la editorial TECNOS de la ciudad de Madrid (España).

independencia en relación a la Corte Suprema de Justicia, institución que, hasta la entrada en vigor del mencionado texto, era la encargada de dirimir todos los asuntos de naturaleza constitucional, facultad que despojaba de toda autonomía a la referida corporación a la hora de abordar este tipo de litigios.

Tal dependencia se debía a que el ente constitucional existía solamente como una Sala cuyos deberes esenciales eran el de preparar los proyectos de sentencias constitucionales y el de ejercer el control automático de constitucionalidad de determinados decretos del ejecutivo (los relacionados con los estados de excepción), no se trataba de una corporación autónoma como tal, sino de una Sala más dentro de las que conformaban la mencionada Corte Suprema de Justicia de la época y a la cual estaban supeditadas:

“La reforma constitucional adoptada en 1968 creó, dentro de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Constitucional, a la que se encargó la preparación de los proyectos de sentencia en materia constitucional y cuya aprobación correspondía a la Sala Plena. Adicionalmente, en relación con los decretos dictados por el Presidente en ejercicio de los estados de excepción, se estableció un “control automático” de constitucionalidad. Los mencionados decretos, inmediatamente después de su expedición, debían enviarse a la Corte Suprema de Justicia, para que ésta decidiera sobre su constitucionalidad”. (Muñoz 1997)

En contraste, y otorgando plena autonomía al nuevo tribunal constitucional, el artículo 292 de la Constitución Política colombiana

de 1991 confirió plenos poderes a la Corte Constitucional para decidir sobre demandas de inconstitucionalidad presentadas por los ciudadanos y dirimir temas de constitucionalidad relacionados con referendos, decretos del gobierno, proyectos de ley, entre otros.

En el ejercicio de sus funciones de orden constitucional, la Corte ha venido desarrollando por casi tres décadas una vasta línea jurisprudencial sobre la cual se ha edificado el constitucionalismo colombiano actual en pro de la defensa de los derechos consagrados en la Constitución colombiana. Tal ejercicio le ha generado una gran cantidad de críticas, al igual que enfrentamientos constantes con las otras ramas del poder público en Colombia , o lo que mediáticamente se ha conocido bajo la expresión de “choque de trenes”¹⁰¹, basados en su interpretación o en la extensión del alcance que ha realizado de las normas que conforman el ordenamiento jurídico local.

En primer término, es importante establecer que ese escenario de confrontación político-jurídico, es producto de la naturaleza progresista del activismo judicial del ente constitucional que nace de la incapacidad que posee la ley ordinaria de prever

¹⁰¹ “Si bien la Constitución del 91 consagró una intrincada fórmula de compromisos del poder y la partidocracia, que ha traído un sinnúmero de problemas y que disminuyen su independencia –como ha llamado el tratadista argentino Zaffaroni, en el análisis de la estructuras judiciales latinoamericanas–, con el nuevo modelo de Estado constitucional, social y democrático que aquella en teoría contempló, la función del juez –incluidos los de las altas Cortes– ha resultado enaltecida, y con ello la defensa de los derechos fundamentales. Y es en el ámbito de esta tarea en donde debe concebirse la solución de lo que, en forma mediática, se ha llamado “choque de trenes”.(Martínez 2005)

todos los asuntos sometidos a su imperio, además de conservarse estática ante los constantes cambios sociales que requieren un actuar del juez que adapte las normas jurídicas a las necesidades particulares y a las circunstancias sociales del momento:

“... en el activismo judicial también encontramos dos corrientes, la primera de tipo conservadora que consiste básicamente en mantener el estado de cosas y de otro la de índole progresista, que considera que el derecho siempre debe estar en movimiento y adaptarse a la realidad social. A esta pertenece nuestra Corte Constitucional, que ante una regulación normativa con numerosas falencias y desconectada del entorno social, ha entrado a llenar a través de sus sentencias los vacíos que en su concepto se presentan, por consiguiente, las sentencias, ya dejaron de ser la aplicación exacta de la ley, para transformarse en órdenes que buscan un cambio real del estado de cosas, a través del empleo de los mecanismos y garantías consagrados en la Constitución Política”. (de Urina 2011)

Por tanto, tal progresismo de la Corte Constitucional se ve traducido en la facultad esencial de velar por la protección de los derechos consagrados en la nueva Carta Magna además de garantizar su efectivo ejercicio, convirtiéndose en la Corporación llamada a salvaguardar que la naturaleza garantista del texto supremo prevalezca en todos los órdenes sociales sobre las disposiciones legales existentes, además de permear con sus fallos las diversas instituciones jurídicas, políticas y sociales:

"... se expidió en el año 1991 la actual Constitución Política de Colombia, una carta que volvió a adoptar como centro al ciudadano, al pueblo, y al desprotegido, siendo un auténtico texto garantista. La nueva Constitución recogió entonces postulados tan relevantes como la dignidad humana, el trabajo, la igualdad, la justicia, la vida, la libertad, la paz, la participación, la democracia, el pluralismo y la solidaridad, asentándolos como sus bases y pilares fundamentales edificando un texto progresista que buscaría transfigurar a plenitud la filosofía y las instituciones estatales colombianas". (Torres, Vargas y Franco 2013)

En segundo lugar, y el cual resulta ser el más relevante para el objeto de la presente obra, el activismo judicial de la Corte Constitucional actual se ha debido, en parte, a la influencia que, en tiempos recientes, la teoría crítica (o las escuelas anti formalistas y/o teorías post-realistas) del derecho han ejercido en las decisiones o providencias del alto tribunal desde la década inmediatamente anterior, entre ellas, el Realismo Jurídico y sus sucesores inmediatos: los *Critical Legal Studies*.

En el siguiente capítulo, analizaremos de forma detallada cómo se ha manifestado tal influencia en la jurisprudencia colombiana, desde la teoría de la adjudicación (actividad judicial) de Duncan Kennedy, pasando por los conceptos de justicia transicional e interseccionalidad de Martha Minow y Kimberle Crenshaw para desembocar finalmente en los conceptos de eficacia y de discrecionalidad judicial del Realismo Jurídico que considero han

sido bastante influyentes en el derecho constitucional colombiano, principalmente en muchas decisiones de los altos tribunales colombianos, como lo son la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

7.4.1. Las teorías sobre el acto judicial (adjudicación) de Duncan Kennedy y su impacto en las providencias de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en Colombia

La obra de Duncan Kennedy ha venido ejerciendo cierta influencia –directa y/o indirectamente- en algunas de las decisiones del alto Tribunal Constitucional colombiano en cuanto al rol de la ideología política en la actividad judicial y el impacto de la decisión del juez en una sociedad dividida ideológicamente. Tal influencia de los CLS se ha plasmado en las providencias de la Corte Constitucional, más precisamente en varios de sus autos, entre ellos, el 160 de 2009, tal como podemos apreciar a continuación:

“Ha expresado también la Corte que, si bien los magistrados de la Corte están sujetos al principio de imparcialidad, es preciso tener en cuenta que, “... los jueces como participantes de la práctica judicial, defienden intereses; y como ciudadanos activos dentro de la sociedad, profesan ideologías, forman parte de partidos políticos, son miembros de confesiones religiosas, son activos investigadores académicos, etc., lo cual no los inhabilita en principio para decidir. Aunque, a la conclusión contraria llegan quienes cuestionan a los magistrados de la Corte Constitucional, confundiendo los intereses que guían su actividad como jueces, con los rasgos que definen su experiencia como

individuos. Por esta razón es que, según esta idea, prácticamente ante cualquier evento se revelan supuestos intereses del juez constitucional en las decisiones, encontrando en ello fundamento para recusar a los magistrados”.¹⁰²

Para la Corte, lo anterior es así, porque los magistrados se reconocen sujetos al orden jurídico y fallan buscando, de buena fe, producir un resultado acorde con la justicia:

*“15.- Respecto de lo primero, por ejemplo, los jueces que buscan dictar una sentencia justa, pueden encontrarse inmensamente constreñidos, “...tanto por la fuerza interna de su deber de fidelidad [al texto normativo] en la interpretación, como por la necesidad de no aplicar una norma que ellos mismos no hubieran aprobado si fueran legisladores”. (D. Kennedy, *A Critique of Adjudication* 1997, 160)” (Subrayado mío).*

En el anterior aparte de la providencia constitucional podemos observar claramente cómo el Tribunal acoge la parte de la crítica de la adjudicación de los *Critical Legal Studies* que asegura que los jueces que buscan proferir una sentencia justa pueden verse obligados tanto a mantener el espíritu original de la norma que desean aplicar como a no aplicar una norma que nunca hubieran proclamado como legisladores. En otras palabras, admiten la tesis que señala como algo utópico la neutralidad en la actividad judicial o la carencia de objetividad en la aplicación de las normas jurídicas

¹⁰² Véase Auto 188A de 2005 de la Corte Constitucional de Colombia, Magistrado Ponente Humberto Sierra Porto.

por parte de los jueces, ya que éstos siempre se encontrarán compelidos por factores de diversa índole, lo cual impide que sean imparciales a la hora de dictar sus fallos.

Sobre este particular, resulta pertinente citar al jurista colombiano César Rodríguez que realiza un estudio preliminar a la obra Duncan Kennedy en la traducción al español del libro *“Libertad y Restricción en la decisión judicial”*:

“La teoría de la adjudicación de Kennedy está elaborada en A Critique of Adjudication (1997), libro en el que el autor intenta demoler, de manera comprensiva, las bases de la teoría de la neutralidad judicial, cuyo paradigma contemporáneo, como el mismo Kennedy lo señala, es la teoría del derecho como integridad de Ronald Dworkin. (D. Kennedy, A Critique of Adjudication 1997, 119) A Critique of Adjudication (...) representa a la vez el desarrollo y la recisión de las tesis sobre la adjudicación elaboradas por Kennedy en dos artículos de pretensiones más limitadas. Por una parte, en Form and Substance in Private Law Adjudication (1976), una de las obras fundacionales del movimiento, el crítico norteamericano intentó demostrar la contradicción fundamental subyacente al derecho privado y la consecuente imposibilidad de la neutralidad judicial. Por otra parte, en Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology, Kennedy recreó el dilema en el que se encuentra el juez progresista que desea un resultado contrario al que la ley parece indicar en un caso imaginario; con ocasión de este ejercicio heurístico, el autor sostiene que tanto la restricción como la libertad son experiencias frecuentes en la actividad

judicial". (D. Kennedy, Libertad y Restricción en la Decisión Judicial 1999, 54)

En este mismo sentido, ya existían precedentes jurisprudenciales del alto tribunal colombiano, en los cuales acogían las tesis de los CLS, principalmente cuando su labor era la de fallar recusaciones a altos funcionarios del Estado. Uno de estos precedentes es el auto 188A de 2005, en el cual se aduce a la experiencia personal del juez constitucional y a las sentencias en derecho o en justicia:

"(...) la Sala encuentra que la complejidad en la aplicación de las reglas jurídicas para dictar fallos judiciales y su correspondiente incidencia en el principio de imparcialidad judicial, puede deberse a que la práctica jurídica en general sugiere por definición la defensa de intereses determinados. La defensa estratégica de intereses mediante la práctica del derecho es parte esencial de la estructura de éste. Sin embargo, la posición de los jueces frente a lo anterior, es diferente. Estos toman decisiones que tienen que atender a la concreta justicia para el caso; además, tales decisiones deben estar conformes al derecho vigente. De igual manera, esta restricción se extiende a la motivación de sus fallos y al procedimiento que condujo a ellos (Sánchez Díaz 2002, Ib). Lo que constituye razones suficientes para que el juez no pueda ser visto como un robot programado por la ley ni como un sujeto trascendental y libre que puede hacer lo que quiere en la tarea de dictar sentencias.(D. Kennedy, Libertad y Restricción en la Decisión Judicial 1999, 121)"

El anterior concepto de la Corte Constitucional se desprende de los tres planteamientos esenciales de Duncan Kennedy en cuanto a la adjudicación: *i)* el referente a la libertad del operador jurídico a la hora de impartir justicia, *ii)* la restricción al momento de proferir un fallo acorde al derecho existente y *iii)* la tesis donde operan la libertad y la restricción de forma paralela:

“1. Los jueces experimentan a menudo la sensación de estar atados por el derecho en los casos que enfrentan. En muchas ocasiones existen, por ejemplo, normas precisas que regulan los hechos materia del proceso, o sentencias de tribunales superiores que han decidido casos idénticos o muy similares (...) 2. Pero la experiencia de restricción interna y externa, a pesar de lo sostenido por el formalismo jurídico, no es la única familiar para los jueces. Por el contrario, ante la situación de confrontación entre la sentencia a la que desea llegar y el resultado que el derecho parece indicar, el juez despliega una estrategia argumentativa compleja, que -si bien puede fracasar, (...) también puede desembocar en la construcción de tesis jurídicas convincentes que sustenten satisfactoriamente la sentencia anhelada. En este sentido, también la experiencia de libertad creativa es común en la adjudicación. (...) 3. La tesis intermedia de Kennedy, donde se reconoce a la vez la libertad y la restricción”. (D. Kennedy, Libertad y Restricción en la Decisión Judicial 1999, 82,83 y 84)

Ahora bien, la influencia de las teorías de los CLS, en este caso, de las de Kennedy, continúa permeando las decisiones de la Corte Constitucional a través de sentencias posteriores, como es el caso de

la C-1040 de 2005, C-588 de 2009 y la C-141 de 2010 en las cuales se hace referencia al proceso de la adjudicación, principalmente a la indeterminación del derecho y al contenido político que ésta genera durante el razonamiento o argumentación judicial, además de los argumentos morales y de conveniencia que entrañan las sentencias de los jueces:

“El uso de parámetros de control abiertos e indeterminados, de alto contenido valorativo conduce a una argumentación de naturaleza política. Ahora bien, como es sabido gran parte de la doctrina actual ha puesto de manifiesto el uso de argumentos morales, de conveniencia y políticos en las decisiones judiciales”¹⁰³.

En el anterior aparte jurisprudencial, el juez constitucional sustenta su tesis basado sucintamente, por un lado, en Ronald Dworkin (Dworkin 2012, 61 y s.s.) y por el otro, en el propio Duncan Kennedy (D. Kennedy, Libertad y Restricción en la Decisión Judicial 1999), afirmando en el pie de página de las mencionadas sentencias que la tesis que evoca es defendida por autores tan opuestos como son los dos mencionados (Dworkin y Kennedy). Asimismo, como podemos apreciar, de acuerdo a los años en que fueron proferidas las sentencias, la posición de la Corte Constitucional ha sido constante a través del tiempo a la hora de adoptar la tesis de los dos susodichos juristas, haciendo especial hincapié en Kennedy, la tesis

¹⁰³ Véanse las sentencias C-1040/05, C-588/09 y C-141/10 de la Corte Constitucional de Colombia

de que “el derecho es política” (law is politics) y la teoría de la indeterminación del derecho a la que ya hemos hecho amplia referencia en la presente obra.

Por otra parte, en materia argumentativa, es muy importante señalar que los magistrados de la Corte Constitucional colombiana han hecho uso de las técnicas propuestas por Duncan Kennedy para fundamentar algunas de las providencias más relevantes en la historia reciente del constitucionalismo colombiano, hasta tal punto de convertirse en verdaderos hitos de la jurisprudencia local y latinoamericana. Una de las más memorables o relevantes es la sentencia C-577 de 2011, a través de la cual se reconoció el derecho a contraer matrimonio civil a parejas de la comunidad LGTB, quienes, si bien ya habían logrado el reconocimiento de sus derechos como parejas de hecho a través de la figura de la unión marital de hecho¹⁰⁴ (vía interpretación y aplicación del derecho a la igualdad, entre otros derechos conexos), aún les quedaba una batalla más por librar: la del reconocimiento del matrimonio por la vía civil.

¹⁰⁴ En el caso español, la Constitución de 1978 no regula de forma expresa la figura de la pareja de hecho (unión marital de hecho en Colombia), sin embargo, es de anotar que tampoco prohíbe este tipo de uniones. Su existencia puede deducirse del contenido de artículos constitucionales como el 10, 14, 16, 18 y principalmente el 39 en su numeral 1, el cual señala el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. Han sido las comunidades autónomas, quienes en desarrollo de este precepto constitucional y en aras de proteger el núcleo familiar y el derecho a la igualdad entre parejas, las que han promulgado leyes acerca de parejas de hecho, parejas estables o parejas no casadas.

De esta manera, y con el fin de reconocer el derecho de estas parejas, la Corte Constitucional pone en práctica varias de las propuestas o técnicas de argumentación de Kennedy¹⁰⁵, siendo una de ellas la que ampara la posibilidad de dar un cambio a la jurisprudencia vigente e imperante acerca de un tema específico, en la cual el contenido de la ley o norma pugna o va en contravía de la sentencia a la que quiere llegar el juez (en términos de Kennedy, “la-sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar”). Esa norma a contravenir no es otra diferente a la que promulga el artículo 113 del Código Civil colombiano, y la cual reza a tenor literal:

“ARTICULO 113. <DEFINICION>. El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”. (subrayado mío).

Complementando lo estipulado por la anterior norma del Código Civil, y en desarrollo de preceptos constitucionales encaminados, por un lado, a prevenir, remediar y sancionar la

¹⁰⁵ Véase “Libertad y restricción en la decisión judicial”(D. Kennedy, Libertad y Restricción en la Decisión Judicial 1999, 154, 155). En esta obra, Kennedy propone el ejemplo de la constitucionalidad del mantenimiento de la segregación racial en los parques públicos infantiles de los Estados Unidos luego de haber sido eliminada en los colegios, situación en la que el espíritu del reformismo legal obligó al cambio de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema. En este sentido, el viraje jurisprudencial del juez activista o progresista, se convierte, de acuerdo a Kennedy, en una de las herramientas más importantes dentro de sus estrategias a la hora de proferir la sentencia a la cual quiere llegar.

violencia intrafamiliar¹⁰⁶y, por el otro, a fortalecer y garantizar el desarrollo integral de la familia, como núcleo fundamental de la sociedad¹⁰⁷, el Congreso de la República de Colombia promulgó las leyes 294 de 1996 y 1361 de 2009. De esta forma, se crea un “bloque” de leyes que conciben y protegen la familia bajo el enunciado que la define como *“la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”*¹⁰⁸

En las consideraciones de la sentencia C-577 de 2011, los magistrados de la Corte Constitucional despliegan su naturaleza activista y progresista, con el fin de favorecer los intereses de la parte actora¹⁰⁹ que busca proteger los derechos de las parejas del mismo sexo a través de la presentación de dos acciones públicas de inconstitucionalidad¹¹⁰. De esta forma, el alto tribunal, omite las

¹⁰⁶ Véase Ley 294 de 1996, por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar.

¹⁰⁷ Véase Ley 1361 de 2009, por medio de la cual se crea la Ley de Protección Integral a la Familia.

¹⁰⁸ Artículo 2, Ley 294 de 1996 y 1361 de 2009.

¹⁰⁹ En este caso, la parte demandante estaba representada por dos organizaciones no gubernamentales que protegen y promocionan los derechos de las mujeres y la población LGTB en territorio colombiano, ellas son Colombia Diversa y DeJusticia, ambas radicadas en la capital, Bogotá.

¹¹⁰ “La acción pública de inconstitucionalidad exige al ciudadano que la ejerce el cumplimiento de unos requisitos formales y sustantivos dirigidos a preservar el carácter dispositivo del mecanismo constitucional, y a garantizar la presencia de razones conducentes que hagan posible que la Corte profiera una decisión de fondo sobre los preceptos acusados, con rigor y suficiencia” (Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-033/11, C-102/10, C-251/04 y C-1052/01).

disposiciones legales señaladas anteriormente (la norma del Código Civil y las dos leyes promulgadas por el Congreso de la República) y emite las siguientes consideraciones en su sentencia, las cuales resultan ser absolutamente determinantes e importantes de citar a continuación, al menos en los apartes relacionados con el tema central de la acción pública de constitucionalidad sobre la cual resuelve (matrimonio civil entre parejas del mismo sexo):

“La unión marital de hecho con que cuentan las parejas del mismo sexo es alternativa disponible pero insuficiente cuando se trata de la constitución de la familia conformada por la pareja homosexual, porque su previsión como único mecanismo para dar lugar a esa clase de familia implica un déficit de protección que ha sido puesto de manifiesto por los actores, con argumentos que la Corte comparte, y también por el desconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad y, por ende, de la autonomía y la autodeterminación personal.

En efecto, las parejas heterosexuales que deseen conformar una familia tienen a su alcance dos maneras de lograrlo, a saber: el matrimonio y la unión marital de hecho, siendo de su libre decisión optar por alguna de ellas, según que voluntariamente quieran someterse a las regulaciones propias del matrimonio o escapar de ellas, mientras que, si se insiste en que la unión de hecho es la única alternativa para los homosexuales, las parejas del mismo sexo solo contarían con esa opción, luego el ejercicio de su autonomía y autodeterminación personal les estaría notoriamente vedado, pues no tendrían posibilidad de escoger la manera de hacer surgir su

unión familiar y se verían precisadas a asumir su convivencia estable como unión de hecho, con todo lo que ello implica.

Quiere decir lo anterior que para lograr que el derecho al libre desarrollo de la personalidad les sea respetado a los homosexuales y que en el ámbito de las regulaciones sobre la familia se supere el déficit de protección al que están sometidos, hace falta en el ordenamiento una institución contractual, distinta de la unión de hecho, que les permitiera optar entre una constitución de su familia con un grado mayor de formalización y de consecuente protección y la posibilidad de constituirla como una unión de hecho que ya les está reconocida.

La Corte estima factible predicar que las parejas homosexuales también tienen derecho a decidir si constituyen la familia de acuerdo con un régimen que les ofrezca mayor protección que la que pudiera brindarles una unión de hecho -a la que pueden acogerse si así les place-, ya que a la luz de lo que viene exigido constitucionalmente, procede establecer una institución contractual como forma de dar origen a la familia homosexual de un modo distinto a la unión de hecho y a fin de garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como de superar el déficit de protección padecido por los homosexuales.

No se puede desconocer que en esta cuestión se encuentra profundamente involucrada la voluntad, puesto que la familia homosexual surge de la “voluntad responsable” de conformarla y no se ajusta a la Constitución que esa voluntad esté recortada, no sirva

para escoger entre varias alternativas o se vea indefectiblemente condenada a encaminarse por los senderos de la unión de hecho cuando de formar familia se trate, o quede sujeta a lo que la Corte vaya concediendo, siempre que tenga la oportunidad de producir una equiparación en un campo específico.

Que la expresión de la voluntad responsable para conformar una familia debe ser plena en el caso de los homosexuales es conclusión que surge de las exigencias de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y la autodeterminación, a la igualdad, así como de la regulación de la institución familiar contenida en el artículo 42 superior, luego la Corte, con fundamento en la interpretación de los textos constitucionales, puede afirmar, categóricamente, que en el ordenamiento colombiano debe tener cabida una figura distinta de la unión de hecho como mecanismo para dar un origen solemne y formal a la familia conformada por la pareja homosexual.

No sobra advertir que la existencia de una figura contractual que permita formalizar el compromiso torna posible hacer público el vínculo que une a la pareja integrada por contrayentes del mismo sexo, lo que ante la sociedad o el grupo de conocidos o allegados le otorga legitimidad y corresponde a la dignidad de las personas de orientación homosexual, que no se ven precisadas a ocultar su relación ni el afecto que los lleva a conformar una familia”.¹¹¹

¹¹¹ Véase sentencia C-577 de 2011 de la Corte Constitucional de Colombia

Como podemos apreciar en el anterior extracto de esta trascendental sentencia, la Corte Constitucional advierte sobre la necesidad de una figura contractual a través de la cual las parejas homosexuales (y a posteriori, las pertenecientes a la comunidad LGTB en general), puedan tener acceso al matrimonio civil y no estén supeditadas exclusivamente a conformar su familia a través de la figura de la unión marital de hecho con las consecuencias que ello implica. Asimismo, se tutelan varios derechos de naturaleza constitucional como el de la igualdad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y la autodeterminación, al igual que todas las normas que versan sobre la regulación de la institución familiar.

Finalmente, en el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia, en este caso, exhortativa¹¹², y con el fin de dar cumplimiento a lo decidido en la sentencia, la Corte hace un llamamiento al órgano legislador colombiano para que adopte las medidas (legisle) en favor del matrimonio civil entre parejas del mismo sexo y así estas personas puedan prescindir definitivamente de la carencia de protección de que han gozado por tratarse de

¹¹² “En este supuesto, el órgano de la jurisdicción constitucional, ante una situación de norma inconstitucional o presuntamente inconstitucional (expondremos estas alternativas), encomienda al Poder Legislativo la sanción de un nuevo texto acorde con la Constitución. Puede o no fijarle plazo preciso al respecto. La fundamentación teórica de tal familia de fallos es que con esa actitud la magistratura constitucional respeta el principio de división de los poderes (dado que no invade ni asume las competencias legisferantes del Parlamento), y a menudo, de modo directo o indirecto, da pautas sobre el contenido del nuevo precepto normativo, con lo que también se economizan futuras posibles declaraciones de inconstitucionalidad, si esas guías son satisfechas” (Sagüés 2006, 193)

miembros de un grupo históricamente marginado y discriminado¹¹³:

“CUARTO.- EXHORTAR al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas”.

Para elaborar y llegar a la anterior sentencia, la Corte Constitucional dio aplicación a varias de las argumentaciones planteadas en la obra de Duncan Kennedy. La primera, que ya mencionamos de forma somera hace algunos párrafos, hace referencia a la “sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar”¹¹⁴. El juez llega a esta sentencia a través de la imposición a la ley de una objeción de carácter “político”, ya que considera que una norma concreta no rige

¹¹³ Sobre grupos tradicionalmente discriminados y marginados, véanse las sentencias T-291/09, C-793/09, T-691/12, T-736/15 y C-586/16 de la Corte Constitucional colombiana, entre algunas de las más relevantes sobre el tema y que tocan lo relacionado con el derecho a la igualdad de estos grupos tradicionalmente marginados y discriminados por la sociedad.

¹¹⁴ “(...) el juez, el estudiante o el litigante primero emiten una respuesta al problema jurídico planteado atendiendo a muy diversos factores políticos, económicos o hasta irracionales o inconscientes para luego tratar de proporcionarle a dicha solución (la sentencia a la que se quiere llegar) una base argumentativa sólida y para esto se recurre tanto a argumentos propios del formalismo como del antiformalismo o argumentos mixtos o nuevos. Como consecuencia de lo anterior se desprende que clasificar a un juez, un profesor, un estudiante o una institución como formalista o antiformalista es un ejercicio complejo, ya que para justificar el juicio emitido (la sentencia a la que se quiere llegar), el operador jurídico echa mano de las herramientas argumentativas e interpretativas que le sirven para llegar a su decisión final, con independencia de si son clásicas o novedosas.”(Benítez Rojas y González Herrera 2007, 162)

de forma igualitaria dos grupos de personas con características propias que se encuentran en pugna por el reconocimiento de un derecho (el de contraer matrimonio civil). En este caso, estos dos grupos están constituidos, por un lado, por las parejas o familias heterosexuales formadas por un hombre y una mujer y, por el otro, por aquellas formadas generalmente por dos personas del mismo sexo (homosexuales, lesbianas, y pertenecientes a la comunidad LGBT en general). Frente a este panorama que denota un conflicto de dos grupos en torno al reconocimiento de un derecho, Duncan Kennedy asevera:

“(...) imaginen que considero que la norma pertinente en este caso no regula de manera justa e igualitaria las diferencias entre dos grupos de personas perfectamente identificables y en conflicto. Y no lo logra en tanto que hace parte de una estructura política que, en general, yo considero como injusta y en la que además se encuentran muchas otras normas similares, todas las cuales deberían modificarse en nombre de la justicia. Quiero con esto sugerir una objeción “política” a la ley: la sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar obedece y hace parte de un plan general de oposición”(D. Kennedy, Libertad y Restricción en la Decisión Judicial 1999, 97)

De la anterior disertación de Kennedy, en la que propone el ejemplo asumiendo el rol de juez¹¹⁵, podemos deducir que, ese “plan general

¹¹⁵ Para efectos prácticos, a través de la descripción de un proceso de argumentación jurídica, Duncan Kennedy asume el rol de juez, abordando un caso en el cual existe un conflicto entre la ley que lo regula y la sentencia a que él quiere llegar como operador jurídico con el fin de analizar las diversas situaciones de la

de oposición” al que hace referencia, estaría representado en la voluntad de los jueces de la Corte Constitucional que consideran que normativamente, existe una violación al derecho de igualdad de uno de los dos grupos en conflicto, por lo tanto, la norma es injusta. De esta manera, intervienen desde su rol de jueces con el fin de equilibrar esas fuerzas y hacer efectivo el disfrute del derecho por parte de la población vulnerada. Tal intervención llega a tener tintes políticos toda vez que la sentencia a la que llegan los magistrados es de tipo “exhortativa”, ya que ordena al Congreso de la República que antes de una fecha claramente estipulada, legisle sobre los derechos del grupo víctima de la discriminación proferida por la norma injusta que debe modificarse, al igual que las demás de su clase¹¹⁶. De esta forma, el juez crea una “objeción política” a la ley para así poder proferir la “sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar”, dando aplicación a la técnica argumentativa de Duncan Kennedy.

Pero no sólo la Corte Constitucional ha reflejado la influencia de las técnicas argumentativas y teoría de la adjudicación de los

ley en tres escenarios específicos: el debate político, la teoría social y la discusión jurídica(D. Kennedy, Libertad y Restricción en la Decisión Judicial 1999, 91).

¹¹⁶ Con esto quiero hacer referencia específica al cuerpo de leyes que desarrollan el precepto superior sobre la naturaleza de la familia, consagrado en el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia que estipula: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Estas leyes son la 294 de 1996 que desarrolla este artículo de la Constitución y la Ley 1361 de 2009 que crea la Ley de Protección Integral a la Familia. Ambos cuerpos normativos coinciden en su concepción sobre la constitución de la familia así: “La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.

Critical Legal Studies en sus providencias. La Corte Suprema de Justicia¹¹⁷ también ha sabido dar cuenta de ello al resolver uno de los temas más relevantes y polémicos en el ámbito económico-social colombiano de la última década: El TLC (Tratado de Libre Comercio)¹¹⁸ con los Estados Unidos de América.

El tema específico al cual me referiré en relación a este tratado internacional entre los dos países, es el abordado por el alto tribunal colombiano vía recurso extraordinario de casación¹¹⁹, que tuvo

¹¹⁷ “La Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria y se compondrá del número impar de magistrados que determine la ley. Esta dividirá la Corte en salas, señalará a cada una de ellas los asuntos que deba conocer separadamente y determinará aquellos en que deba intervenir la Corte en pleno” (Constitución Política de Colombia, art. 234)

¹¹⁸ A través de la expedición de la sentencia C-750 de 2008, la Corte Constitucional colombiana declaró exequible la Ley 1143 de 4 de julio de 2007 “Por medio de la cual se aprueba el Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América y sus cartas adjuntas, y sus entendimientos, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006”, además del “Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, sus cartas adjuntas y sus entendimientos, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006”, así como sus anexos.”

¹¹⁹ El Capítulo IV (art. 365 y ss.) del Código de Procedimiento Civil colombiano regula el recurso de casación estipulando lo siguiente en cuanto su finalidad: “El recurso de casación tiene por fin primordial unificar la jurisprudencia nacional y proveer a la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos; además procura reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida.” Más adelante, en el mismo texto legal, más precisamente en el artículo 368, el legislador establece las causales de casación, las cuales obedecen al principio de la taxatividad dentro de la legislación colombiana:

“Son causales de casación:

1. Ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial.

La violación de norma de derecho sustancial, puede ocurrir también como consecuencia de error de derecho por violación de una norma probatoria, o por

como desenlace la sentencia del 19 de octubre de 2011. En esta providencia, la Sala Civil de la Corte modificó la aproximación de la noción de *orden público*, lo que dio pie a la argumentación central que sirvió como base para determinar la renunciabilidad a la prestación establecida en el artículo 1324 del Código de Comercio que reza a tenor literal:

*“ARTÍCULO 1324. TERMINACIÓN DEL MANDATO. El contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato, y a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor”.*¹²⁰

error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda, de su contestación o de determinada prueba.

2. No estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio.

3. Contener la sentencia en su parte resolutive declaraciones o disposiciones contradictorias.

4. Contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló o la de aquélla para cuya protección se surtió la consulta, siempre que la otra no haya apelado ni adherido a la apelación, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357.

5. Haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 140, siempre que no se hubiere saneado.”

¹²⁰ Véase artículo 1324 del Código de Comercio de Colombia.

En la Sentencia 847 de 2011, el alto Tribunal colombiano otorgó expresa autorización a las partes de pactar la renuncia a la anterior prestación legal, pronunciamiento judicial que modificó totalmente la línea jurisprudencial tradicionalmente proteccionista del agente comercial que la Sala de Casación Civil de la Corporación había sostenido por más de tres décadas en los siguientes términos:

"(...) la prestación que consagra el artículo 1324 inciso 1, es irrenunciable antes de celebrarse el contrato o durante su ejecución; pero una vez este haya terminado por cualquier causa, es decir, cuando queda incorporado ciertamente al patrimonio del agente comercial ese derecho crediticio a la prestación, entonces no se ve motivo alguno para que en tales circunstancias, no pueda renunciarlo y tenga que hacerlo efectivo necesariamente. Si esta prestación es un derecho disponible una vez terminado el contrato, resulta evidente, que para concederlo judicialmente es menester que el acreedor así lo solicite, pues mientras no haga específica solicitud al respecto, el juez no puede hacer esa condenación"¹²¹ (subrayado mío).

El principal argumento para tal "viraje" jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia fue la reconsideración o la revisión del concepto de *orden público* que venía asumiendo por más de treinta años para brindar a las partes la posibilidad de renunciar a la prestación objeto del litigio consagrada en el Código

¹²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 2 de diciembre de 1980. Magistrado ponente: Germán Gerardo Zuluaga.

de Comercio. Para ello, la Corporación aduce una serie de argumentaciones que van desde el concepto de orden público como un mecanismo instrumental –necesario para que exista un sistema económico eficaz y justo- y proporcionar un bienestar económico a los ciudadanos hasta el dinamismo y la mutabilidad de tal noción basados en la globalización económica y en los cambios socio-económicos que han surgido desde su pronunciamiento inicial (1980) hasta la promulgación de la nueva sentencia objeto del debate en 2011, más de treinta años más tarde, así¹²²:

“La doctrina elaborada por la Corte en el año de 1980 respecto de imperatividad del precepto legal y la indisponibilidad del derecho a la prestación consagrada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, se inspiró en la prudente interpretación del orden público social o económico dentro del contexto que se estimó imperante entonces, caracterizado por la supremacía de los empresarios agenciados, la desprotección de los agentes, la presencia de relaciones de mercado asimétricas y situaciones inequitativas e injustas en intereses considerados bajo esa perspectiva vitales en la industria y el comercio, y que la Sala juzgó necesario tutelar.

¹²² Este extracto pertenece a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de referencia 11001-3103-032-2001-00847-01, proferida en el proceso ordinario de la sociedad Instrumentación Ltda. contra Hewlett Packard Company (HP) y Agilent Technologies Inc. (AT). El excepto elegido es el que hace alusión al concepto de orden público que inspiró el cambio o “viraje” jurisprudencial hacia la autorización a la renunciabilidad de la prestación establecida en el artículo 1324 del Código de Comercio de Colombia. Resulta más que imperativo citarlo enteramente para facilitar al lector la posibilidad de advertir las razones que adujo la Corte para tomar su decisión de fondo en este trascendental tema.

En veces, el orden público actúa como un mecanismo para la organización, productividad, eficiencia y equidad del sistema económico, hay una economía dirigida (orden público de dirección), y en ocasiones, para proteger determinados intereses (orden público tutelar o de protección) en razón de cierta posición económica, social, jurídica, factores sociales (Estado providencia, proteccionismo social) para proveer al bienestar social y la satisfacción de las necesidades económicas de los ciudadanos, suprimir o atenuar manifiestas desigualdades socio-económicas (contratos de adhesión, derecho del consumo), ora económicos (política deflacionista-control de precios-de crédito, derecho de la competencia, interés general).

Empero, el concepto de orden público, es dinámico, mutable y cambiante, aunque no esencialmente variable y sus modificaciones se advierten en intervalos relativamente largos en el tiempo. Así, lo considerado hace unos lustros de orden público, no lo es hoy, como lo del presente puede variar mañana, y en verdad, los profundos cambios contemporáneos gestados en la vertiginosa mutación del comercio, las relaciones comerciales y el tráfico jurídico, han modificado el contexto socio-económico de la época en la cual la Corte sentó la doctrina jurisprudencial de las sentencias de 2 diciembre de 1980.

Con estos lineamientos, en lo tocante a la prestación consagrada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, menester rectificar la doctrina expuesta otrora por la Corte, para subrayar ahora, además de su origen contractual, al

brotar, nacer o constituirse sólo de la celebración y terminación por cualquier causa del contrato de agencia comercial, su carácter dispositivo, y por consiguiente, la facultad reconocida por el ordenamiento jurídico a las partes en ejercicio legítimo de su libertad contractual o autonomía privada para disponer en contrario, sea en la celebración, ya en la ejecución, ora a la terminación, desde luego que estricto sensu es derecho patrimonial surgido de una relación contractual de único interés para los contratantes, que en nada compromete el orden público, las buenas costumbres, el interés general, el orden económico o social del país, ni los intereses generales del comercio, si se quiere entendido en la época actual, sino que concierne lato sensu, a los sujetos de una relación jurídica contractual, singular, específica, individual, particular y concreta, legitimadas para disciplinar el contenido del contrato y del vínculo que las ata, por supuesto, con sujeción a las directrices normativas”.¹²³

Así las cosas, la decisión de la Corte Suprema de Justicia se encuentra fundamentada en la propuesta o idea de Duncan Kennedy de la “*sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar*”, profiriendo una providencia o fallo acorde a su voluntad ideológica o que políticamente resulta alineada con sus convicciones.

Para llegar a tal decisión, la Corte hace uso de elementos, tanto de tipo formalista como anti-formalista, al fin y al cabo, lo

¹²³ Véase Sentencia de 19 de octubre de 2011, Corte Suprema de Justicia de Colombia.

importante para el Tribunal, al menos en este caso concreto, es que la providencia sea favorable a los intereses que persigue su ideología:

“(...) el juez en la adjudicación judicial busca reproducir un deseo: el deseo de llegar a una sentencia políticamente favorable a sus convicciones (la sentencia a la que se quiere llegar), con relativa independencia del campo jurídico que se estudia y para lograr a ese fin recurre tanto a argumentos formalistas como antiformalistas (...)”

En efecto, como mencionamos anteriormente, para que la Corte Suprema de Justicia llegara a la decisión deseada, acudió a argumentos tanto de naturaleza formalista como anti-formalista con el fin de fundamentar el concepto de *orden público* que pudimos apreciar en toda su extensión en el extracto de la sentencia de 2011 que cité párrafos atrás.

Desde la óptica anti-formalista, la Corporación puso en práctica los criterios de creación de derecho por la vía jurisprudencial que asumió a partir de la inepción de la Constitución Política de Colombia de 1991, de la mano de las teorías jurídicas emanadas por los doctrinantes contemporáneos encarnadas en la estructura de los principios generales del derecho.

De esta forma, el alto tribunal armonizó conceptos no sólo de índole jurisprudencial provenientes de sus inmediatos predecesores (como es el caso de la sentencia del 2 de diciembre de 1980 que ya mencionamos y que declara irrenunciable la prestación a que hace

alusión el artículo 1324 del Código de Comercio), sino también aquellos de índole doctrinal, imperantes en el momento histórico en el que sus autores desarrollaron las teorías fundacionales del derecho. Sobre este particular, merece la pena citar el oportuno y fiel recuento de esta realidad antiformalista de aquella época en Colombia, puntualizada por parte del destacado jurista, también de origen colombiano, Diego López Medina, sobre quien ya hemos advertido otros pronunciamientos doctrinales de relevancia sobre los *Critical Legal Studies*, teoría jurídica en general y su incidencia en Colombia:

“La mayor parte de estas nuevas teorías jurídicas fueron absorbidas en Colombia de manera más o menos inconsciente, por lo general incorporadas en el comentario dogmático de los doctrinantes de moda y escasamente articuladas dentro de los problemas teóricos más generales que suscitaban. Así, por ejemplo, la obra dogmática del decano JOSSERAND, uno de los miembros del grupo de nuevos civilistas franceses, sirvió para traer a Colombia, bajo la forma de los principios generales del derecho, y en especial, bajo el desarrollo prolijo que el mismo JOSSERAND dio a la doctrina de abuso del derecho, esta nueva sensibilidad antiformalista. Este desarrollo habría de tener, como se verá luego, un impacto muy definido en la creación del derecho por vía jurisprudencial en Colombia, al menos en dos períodos. El más reciente, que comprende desde 1991 hasta el presente, es la historia contemporánea del triunfo parcial del antiformalismo en la jurisdicción constitucional colombiana y que desarrolla una

concepción teleológica y finalista del derecho". (D. López Medina 2002, 272)

En contraste, desde la óptica eminentemente formalista, la Corte Suprema de Justicia, en la misma sentencia sub examine, advierte que si bien la re-interpretación de la noción de orden público da vía libre a la renuncia de la cesantía consagrada en el Código de Comercio, tal facultad interpartes estipulada en el contrato de agencia, lleva intrínsecos unos límites debidamente señalados en la ley, por lo tanto, la potestad otorgada a las partes no es absoluta ni reviste el ejercicio de un derecho de forma anárquica o indeterminada por el orden jurídico imperante al momento de la celebración del contrato:

"No obstante, la facultad dispositiva de las partes, no es absoluta, ni comporta el reconocimiento de un poder libérrimo e incontrolado. Contrario sensu, su ejercicio está sujeto al orden jurídico, y por consiguiente, a los presupuestos de validez del acto dispositivo, a la buena fe, corrección, probidad o lealtad exigibles en el tráfico jurídico, y exclusión de todo abuso del derecho. El acto dispositivo, cualquiera sea su modalidad, a más de claro, preciso e inequívoco, debe acatar el ius cogens y las buenas costumbres y los requisitos de validez. Es menester la capacidad de las partes, la legitimación dispositiva e idoneidad del objeto o, la capacidad de los contratantes, la licitud de objeto y de causa, ausencia de vicio por error espontáneo o provocado, dolo, fuerza, estado de necesidad o de peligro. Asimismo, la estipulación dispositiva en forma alguna debe configurar ejercicio de posición dominante contractual, cláusula abusiva, abuso del derecho, ni el

aprovechamiento de la manifiesta condición de inferioridad, indefensión o debilidad de una parte. Tampoco, implicar un fraude a la ley, ni utilizarse el contrato de agencia comercial para simular un acto diferente, verbi gratia, una relación laboral que, en todo caso prevalece con todas sus consecuencias legales”.

124

De esta manera, se concluye que la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 5 de septiembre de 2011, obedeció a argumentos tanto formalistas como anti-formalistas: ambos criterios defendidos por el juez en este caso conviven, coexisten para fusionarse en la decisión que se materializó en la sentencia final. No obstante, desde mi óptica, y luego de un análisis concienzudo de la sentencia en cuestión y dadas las argumentaciones aquí presentadas, sostengo mi posición inicial en cuanto a la fuerte influencia anti-formalista de la tesis de los *Critical Legal Studies* a través del examen que Duncan Kennedy propone, asumiendo su posición como juez que debe aplicar, interpretar, cambiar o simplemente hacer lo que le corresponde con la ley objeto de decisión. Citaré a continuación tal examen para determinar exactamente cómo termina siendo influyente en la controvertida sentencia que hemos estado analizando en este acápite:

¹²⁴ Sentencia de la Corte Constitucional colombiana discutida y aprobada en Sala de cinco (05) de septiembre de dos mil once (2011) en el proceso ordinario de la sociedad Instrumentación Ltda. contra Hewlett Packard Company (HP) y Agilent Technologies Inc. (AT). Referencia: 11001-3103-032-2001-00847-01

“Examinaré la ley desde la perspectiva de un individuo que tendrá que aplicarla, interpretarla, cambiarla, ponerla en entredicho o lo que fuese menester. (...)”

El asunto más complejo de esta indagación atañe a la polaridad que se establece entre mi primera impresión respecto a “la ley” en sí y la primera idea que me formo respecto a la sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar. Ahora bien, la sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar puede obedecer a que he sido sobornado y quiero cumplir con arreglo: puede también ser producto de lo que yo considero sería el fallo mejor recibido por la comunidad (jurídica o civil) a la que pertenezco (...)

Puede también ocurrir que simplemente no esté de acuerdo con la manera como la ley resuelve en este caso específico situaciones excepcionales que se pueden presentar, con base en mi convicción de que dicha ley pudo haber sido concebida para que fuese más flexible y así poder regular de mejor manera este caso. Por último, bien puede ser, simplemente, que considero la ley “injusta” en tanto que, si pondero todo el sistema en su justo valor, encuentro que lo mejor sería cambiarla... (...). (D. Kennedy, Libertad y Restricción en la Decisión Judicial 1999, 95, 96) (subrayado mío).

Las secciones con subrayado muestran las cuatro aristas que considero se han presentado en la decisión de la Corte Suprema de Justicia, analizaré a continuación cada una de ellas para que

podamos observar el impacto de la teoría de Kennedy en la sentencia.

La primera de ellas es que el juez falla porque considera que su decisión es el producto de lo que él considera será una sentencia bien recibida dentro de la comunidad¹²⁵. Si ponemos la providencia que nos ocupa en concordancia con la realidad económica del momento en que fue emitida (firma del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos), una de las deducciones que podemos hacer es que la comunidad que el Tribunal considera recibirá bien la parte resolutive, son los dos estados contratantes: Colombia y Estados Unidos. Aquí es muy importante señalar que uno de los requisitos del equipo negociador estadounidense para sacar adelante el Tratado era precisamente que el gobierno colombiano modificara la norma del Código de Comercio de la que hemos hablado¹²⁶. Por tal razón, y como lo ejemplifica Kennedy, el juez llega al fallo que considera será el mejor recibido por la

¹²⁵ “KENNEDY sostiene que los jueces esconden deliberadamente las motivaciones reales de sus fallos bajo el manto del discurso de la aplicación mecánica del derecho, debido a que dicho discurso hace parte de la concepción dominante de la función judicial. Si se apartan de esta concepción - v.gr. confesando que la decisión de un caso concreto estuvo basada en una preferencia ideológica son blanco seguro de la crítica de los guardianes de la tradición jurídica (colegas, abogados, profesores de derecho, etc.) e, incluso, pueden llegar a perder su cargo.” (Rodríguez Garavito, Libertad y restricción en la decisión judicial (Estudio Preliminar) 2005, 70)

¹²⁶ Las razones aducidas por el equipo negociador de los Estados Unidos eran dos: 1) Advertían que la norma del Código de Comercio no estaba acorde con la realidad comercial imperante en el momento de la celebración del Tratado y 2) consideraban que pactar tal disposición era algo que debía dejarse al libre arbitrio de las partes, sin intromisión del órgano legislativo.

comunidad, en este caso, por los dos países, principalmente por Estados Unidos que previamente había condicionado el acuerdo a la exclusión de tal normatividad legal.

La segunda arista o enfoque es que el juez no está de acuerdo como este caso concreto está resuelto en la ley. Aduciendo a criterios como el orden público, el cambio o evolución en las relaciones comerciales internacionales, entre otros argumentos, la Corporación judicial muestra su total desacuerdo con la forma en que tal situación está resuelta en la ley. De esta manera, refleja su inconformidad en la parte resolutive de la sentencia, dejando sin efectos lo estipulado en la norma en cuanto a la obligatoriedad de la prestación y concediendo a las partes el libre arbitrio a la hora de pactarla.

El tercer enfoque hace alusión a la convicción que tiene el juez que, durante su concepción, la norma fue confeccionada para que fuese más dinámica, dúctil, que se pudiese ajustar a la realidad económica del momento en que se aplicase. Así lo expresa claramente el alto tribunal al aducir lo siguiente:

“(...) el concepto de orden público, es dinámico, mutable y cambiante, aunque no esencialmente variable y sus modificaciones se advierten en intervalos relativamente largos en el tiempo. Así, lo considerado hace unos lustros de orden público, no lo es hoy, como lo del presente puede variar mañana, y en verdad, los profundos cambios contemporáneos gestados en la vertiginosa mutación del comercio, las relaciones comerciales y el tráfico jurídico, han modificado el contexto socio-económico de

la época en la cual la Corte sentó la doctrina jurisprudencial de las sentencias de 2 diciembre de 1980”.

Por último, la cuarta perspectiva advierte que el juez considera que la ley es “injusta” y que al analizar todo el ordenamiento jurídico en conjunto y de acuerdo a su justo valor, considera que lo mejor es dar un viraje a su posición jurisprudencial y modificarla. Al igual que los otros tres enfoques de Kennedy, la Corte Suprema de Justicia, lo acoge dentro de su sentencia en los siguientes términos:

“(…) Con todo, dándose controversias sobre su origen, eficacia o el ejercicio de los derechos, el juzgador a más de las normas jurídicas que gobiernan la disciplina general del contrato, aplicará las directrices legislativas singulares en su formación, celebración, contenido, interpretación, ejecución o desarrollo y terminación, para verificar su conformidad o disparidad con el ordenamiento y, en particular, el ejercicio de poder dominante contractual o la existencia de cláusulas abusivas, o sea, todas aquellas que aún negociadas individualmente, quebrantan la buena fe, probidad, lealtad o corrección y comportan un significativo desequilibrio de las partes, ya jurídico, ora económico, según los derechos y obligaciones contraídos¹²⁷ (...) (subrayado mío)

¹²⁷ Así lo manifiesta la Corte Suprema de Justicia en la parte considerativa de la sentencia objeto de análisis (Referencia: 11001-3103-032-2001-00847-01, fecha: 19 de octubre de 2011) al referirse al contrato de agencia consagrado en el art. 1324 del Código de Comercio, aduciendo que “sus estipulaciones como las de todo

De esta manera, vemos cómo la decisión de la alta Corporación judicial colombiana cumple los requisitos o presupuestos de la tesis de los *Critical Legal Studies*, más precisamente la de Duncan Kennedy, en cuanto a la *sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar*, desarrollada en una de sus obras más célebres¹²⁸.

Incluso, pudimos apreciar en el anterior análisis cómo la sentencia de la Corte Suprema de Justicia incorporaba todas las perspectivas o aristas que propone Kennedy en su obra a través del ejemplo donde personifica las opciones del juez a la hora de decidir y proferir la sentencia a la que desea llegar, basado en los argumentos objeto de examen.

Resulta también interesante notar cómo el comportamiento que asume el juez durante el desarrollo de la sentencia se va “amoldando gradualmente” de acuerdo a la providencia o fallo al que quiere llegar en la etapa concluyente o resolutoria, por lo que no resulta aventurado pensar que probablemente, al menos en este caso, ya sabía de antemano o tenía la convicción sobre cuál era la sentencia a la que quería llegar. Esto incluso sin tener presentes, de forma detallada y elaborada desde el punto de la hermenéutica jurídica, los razonamientos que la sustentarían ni los argumentos

contrato, en línea de principio, se entienden lícitas, ajustadas a la buena fe y justo equilibrio de las partes”.

¹²⁸ Véase “Libertad y Restricción en la decisión judicial”, traducción del texto editado originalmente en 1982 bajo el nombre de “Freedom & Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology” y que cuenta con un estudio preliminar del jurista colombiano César Rodríguez a quien ya hemos hecho referencia en la presente obra.

fácticos y jurídicos (de naturaleza tanto formalista como antiformalista) que emplearía hasta el desenlace final de la providencia sub examine¹²⁹.

Sobre este particular, merece la pena citar una interesante posición de Dworkin en relación al proceso inductivo-deductivo del juez de acuerdo a su concepto de “posición de fe” post-realista:

“Tal vez el caso más ilustrativo de una "posición de fe" post-realista, es el de Ronald Dworkin. Este autor alega que, en cualquier sistema jurídico, es posible encontrar principios políticos coherentes que inspiran las reglas positivas. Para ello, mediante un proceso inductivo-deductivo, el juez debe identificar esos principios, armar una teoría y, de allí, derivar la solución para su caso concreto. Dworkin deja claro que, al elegir cuál es la teoría que "mejor explica" el sistema positivo, los jueces no estarían aplicando sus propios criterios subjetivos sino que habrían encontrado una moral objetiva ("law morality"), que es la que debe guiar sus decisiones”.

Basado en este criterio de Dworkin exclusivamente, podríamos formular este cuestionamiento: ¿Estaría el magistrado ponente del caso de la Corte Suprema de Justicia que nos ocupa

¹²⁹ “(...) al juez no le interesa usar herramientas propias de una escuela, sino que utiliza cualquier tipo de instrumento que le pueda servir para argumentar (argumento que sería el límite de la libertad que tiene el juez). (...)”

Se dice que tomó una decisión formalista o antiformalista, pero fue la sentencia a la que quería llegar lo que lo llevó a eso (no se trata de un simple eclecticismo).”(Benítez Rojas y González Herrera 2007, 163)

aplicando sus propios criterios de naturaleza subjetiva o habría encontrado la moral objetiva que orienta su fallo?

Quizás valga la pena al menos poner esta propuesta de Dworkin al otro extremo de la balanza con la de Kennedy aquí citada. O quizás simplemente sea pertinente afirmar que ambas teorías se complementan, y coincidir con autores como Allan C. Hutchinson¹³⁰ en que el legado de Dworkin parece haber inspirado más a teóricos antiformalistas del derecho que a formalistas: “*a pesar de sus ambiciones formalistas, Dworkin ha proporcionado más grano para el molino anti-formalista e informalista*”(A. C. Hutchinson, *Toward an Informal Account of Legal Interpretation* 2016, 55)

¹³⁰ Considero de especial relevancia citar una sugestiva interpretación que Hutchinson realiza sobre la concepción de Dworkin acerca de los jueces en virtud de la naturaleza política que les atribuye. La intención es desvelar una posición que finalmente termina alineada con la de Kennedy y el proceso de la adjudicación (o actividad judicial). De esta manera se sustenta, al menos sobre este punto, la influencia del filósofo francés sobre algunas teorías de movimiento de los Critical Legal Studies:

“En consecuencia, Dworkin insiste no sólo en que existe una dimensión moral indispensable para el derecho, sino que esa dimensión tiene una sólida base fáctica y debe incluirse en “los hechos brutos de la historia jurídica”.

Para Dworkin, los jueces son actores políticos cuyo poder está limitado por la historia y el carácter liberal de un sistema jurídico; deben interpretar los materiales legales existentes en su mejor luz como una teoría de la moralidad política.

El juez respira vitalidad política en las palabras sin vida de los textos jurídicos aplicando las pruebas gemelas de “ajuste formal” y “justicia sustantiva”. Cualquier interpretación debe ser capaz de demostrar alguna conexión plausible con la historia legal de la sociedad y avanzar su visión de justicia social.”(A. C. Hutchinson, *Toward an Informal Account of Legal Interpretation* 2016, 49, 50)

Todo ello es objeto de análisis y re-evaluación permanente, sin embargo, no queda duda de que el Realismo Jurídico, los *Critical Legal Studies*, y en general las teorías críticas del derecho y escuelas antiformalistas y posrealistas, han jugado un rol determinante en la forma de los jueces colombianos formar y argumentar sus fallos, tal como se ha desvelado en el presente capítulo.

7.4.2. El efecto de los conceptos de justicia transicional e interseccionalidad de Martha Minow y Kimberle Crenshaw en la jurisprudencia constitucional colombiana

Martha Minow, una de las primeras integrantes del movimiento de los *Critical Legal Studies*, y quien como vimos en su acápite respectivo, coordinó el Congreso Feminista de los CLS por allá en el año de 1985, tal como lo relata el propio Gary Minda en las notas finales de su reconocida obra “Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence At Century's End”:

“La presencia feminista en la Conferencia de los Critical Legal Studies surgió en 1985 cuando un grupo de críticas feministas organizaron la primera conferencia feminista en Boston” (Minda, Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence At Century's End 1995, 299)

Un concepto específico de Martha Minow, integrante temprana de los CLS y líder de la teoría feminista en aquel entonces, ha hecho gran eco en algunas de las providencias recientes de la Corte Constitucional colombiana. Tal noción es la de justicia transicional que ha adoptado el alto Tribunal con ocasión del conflicto armado y el proceso de paz con las FARC (Fuerzas

Armadas Revolucionarias de Colombia) al decidir sobre la exequibilidad del Proyecto de Ley Estatutaria que regula el plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

Esta decisión de la Corte Constitucional se encuentra contenida en la sentencia C-37 de 2016, y el concepto de Martha Minow en materia de justicia transicional que ha acogido en su providencia es descrito por el alto Tribunal en los siguientes términos:

“(...) la jurisprudencia constitucional ha precisado que las medidas de transición pretenden la superación del conflicto, a través de una ampliación de la base democrática, lo cual implica la promoción de instrumentos de participación, los cuales cumplan el doble propósito de otorgar una mayor legitimidad y estabilidad a los acuerdos, así como la creación de instancias pacíficas de resolución de conflictos. Se trata, entonces, de un proceso de fortalecimiento de la participación política, que remplace al conflicto armado por el debate democrático. En términos de la sentencia C-577/14(2016216) “[e]l proceso de transición sirve al propósito de reconstrucción política pero también a la reparación de los lazos sociales que se han visto rotos por el conflicto y las consecuentes violaciones de derechos humanos. El reconstruir la sociedad lleva consigo que se reconozca que aunque los actos violentos del pasado no pueden ser olvidados y por lo tanto deben ser conocidos, sancionados y sus víctimas reparadas, también es cierto que, en el marco de un conflicto interno, las posiciones enfrentadas deben incorporarse

a la sociedad que toma las decisiones políticas, para de este modo vincularla al proceso democrático de decisión y, en consecuencia, disminuir las posibilidades de que dichos actores, o miembros disidentes de ellos, continúen o posteriormente retomen la confrontación violenta como respuesta a la falta de canales democráticos de expresión para sus ideas” (Minow, Crocker y Mani, Justicia Transicional 2011, 187)

Sobre este mismo tema, el alto tribunal colombiano ya se había pronunciado en otras sentencias invocando como base doctrinaria los conceptos de Martha Minow. Así lo refleja la sentencia C-694 de 2015 en la cual aborda las implicaciones de la justicia transicional tomando como referencia el mismo texto de la autora que mencionamos con anterioridad:

“La justicia transicional implica la articulación de un conjunto de medidas, judiciales o extrajudiciales y puede abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todas las anteriores”(Minow, Crocker y Mani, Justicia Transicional 2011, 90 y 91)

Lo propio ha hecho con otras sentencias de constitucionalidad desde el año 2009 hasta la actualidad, ejemplos claros de ello son las sentencias C-577 y la C-180 de 2014, la C-579 de 2013, la C-771 de 2011 y la C-931 de 2009 en las cuales la alta corporación cita a Minow a la hora de fundamentar sus argumentos a la hora de resolver demandas de constitucionalidad en temas de gran

relevancia como lo son los instrumentos o mecanismos jurídicos para la justicia transicional y la reparación integral a las víctimas del conflicto. Por lo tanto, vemos que los *CLS*, a través de las teorías y conceptos de Martha Minow, ha permeado por años las decisiones de la Corte Constitucional en los mencionados temas, desvelando su gran influjo en las argumentaciones que sustentan sus providencias.

Por último, y aunque en menor escala, otra integrante de los *Critical Legal Studies* que ha logrado ejercer cierta “influencia” en la corporación constitucional es Kimberlé Williams Crenshaw, quien también perteneció a la misma fase de los *CLS* que Minow, aunque su ámbito de estudio e investigación estuvo más enfocado hacia temas sobre la raza, reforma y leyes antidiscriminatorias.

La Corte Constitucional de Colombia se ha remitido al concepto de “interseccionalidad” de Crenshaw a la hora de resolver casos en los cuales una misma persona ha pertenecido a más de un grupo históricamente discriminado y marginalizado por razones de raza, género, orientación sexual, entre otros. La noción de “interseccionalidad” se ha convertido entonces en una herramienta esencial que ha permitido al juez constitucional evaluar los aspectos en que convergen las diferentes clases de discriminación, generando una “intersección” que a su vez permite evidenciar las distintas formas en que ésta se ejerce.

En el caso particular de las mujeres de raza negra con orientación sexual diversa, el Tribunal constitucional ha fundamentado sus sentencias en el enfoque de “interseccionalidad”

desarrollado en las obras de Crenshaw, principalmente en “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color”(Crenshaw, Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color 1991). La Corte utiliza algunos de los conceptos desarrollados en la obra de la doctrinante estadounidense para fundamentar algunas de las consideraciones y fundamentos de sentencias de tutela como la T-141 de 2015, en la cual aborda un caso sobre discriminación por razón de orientación sexual diversa y de raza:

“El concepto de “interseccionalidad” constituye un paradigma de análisis y una herramienta para la justicia racial y de género que propone examinar las situaciones de en las que convergen distintos tipos de discriminación, generando una intersección o superposición de identidades y, con ello, muy diversas maneras de experimentar la vivencia de la discriminación. De acuerdo con este enfoque, que encuentra su origen en el análisis de las formas diferenciadas de discriminación que padecen las mujeres de raza negra, la pertenencia de un sujeto a más de un grupo históricamente marginalizado no ha de entenderse simplemente desde un punto de vista incremental, como una suma que incrementa la carga de desigualdad que pesa sobre una persona, sino como una situación que produce experiencias sustantivamente diferentes

*entre los sujetos, las cuales han de ser analizadas desde un punto de vista cualitativo”.*¹³¹

En síntesis, y de forma concluyente, el criterio del alto tribunal obedece al desarrollo de uno de los postulados fundamentales de la mencionada obra de Crenshaw a través del cual afirma que, pese a que en el día a día de las personas se experimentan situaciones de “interseccionalidad”, escasamente éstas se pueden apreciar en circunstancias feministas y antirracistas, fallando en su anhelo de explorar identidades interseccionales, dejando sin representación o representando de forma errónea conductas de violencia en contra de la mujer por ser el resultado de convicciones tradicionales de racismo y sexismo:

“Aunque el racismo y el sexismo se intersectan fácilmente en las vidas de la gente real, rara vez lo hacen en las prácticas feministas y antirracistas. Y así, cuando las prácticas exponen la identidad como mujer o persona de color como una o cualquier proposición, relegan la identidad de las mujeres de color a un lugar que se resiste a ser comentado.

Mi objetivo en este artículo es avanzar en comentar acerca de ese lugar explorando la raza y las dimensiones de género de la violencia contra las mujeres de color. Los discursos feministas y antirracistas contemporáneos han fallado en considerar las

¹³¹ Véase Sentencia T-141 de 2015 de la Corte Constitucional de Colombia sobre Derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual diversa, derecho a la educación y principio de autonomía universitaria y derecho a la igualdad y principio de no discriminación

identidades interseccionales como las de las mujeres de color. Enfocándonos en dos dimensiones de la violencia masculina contra las mujeres -maltrato y violaciones- considero cómo las experiencias de las mujeres de color son frecuentemente el producto de patrones de racismo y sexismo que se intersectan y cómo estas experiencias tienden a no estar representadas dentro de los discursos del feminismo o del antirracismo". (Crenshaw, Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color 1991, 1242, 1243, 1244)

7.4.3. Los conceptos de eficacia y de discrecionalidad judicial del Realismo Jurídico y su influencia en el derecho constitucional colombiano

"(...) la cuestión de la "existencia" de las normas dentro de un determinado sistema jurídico a menudo es equiparada por los juristas a la noción de "validez" o a la de "eficacia social", dependiendo de la corriente teórica a la cual se adscriban. Mientras que los representantes de la tradición positivista, entre ellos Hans Kelsen, sostienen que la existencia de las normas se asimila a su validez, esto es, a su expedición por la autoridad competente a través de los

*procedimientos indicados por el ordenamiento, los pensadores de la tradición realista consideran que la existencia de las normas depende de su eficacia social, es decir, de su efectiva aplicación por parte de los funcionarios competentes –en especial los jueces- y por los miembros de la comunidad”.*¹³²

La influencia del Realismo Jurídico en el ámbito jurisprudencial colombiano parece pasar desapercibida para muchos, lo cierto es que esta corriente o doctrina filosófica, de la cual los *Critical Legal Studies* retomarían su ambicioso proyecto como antepasado intelectual –tal como vimos en su respectivo apartado-, ha impregnado la Corte Constitucional colombiana con su criterio de eficacia del proceso de adjudicación y de validez de la norma jurídica (y del ordenamiento jurídico en general), erigiéndose como polo opuesto o contrapeso a la dominante influencia que el positivismo de Kelsen y las teorías formalistas del derecho han ejercido sobre el ámbito jurídico-legal local por décadas:

¹³² Sentencia C-873, septiembre 30 de 2003, Corte Constitucional de Colombia

“A diferencia de Kelsen, el realismo jurídico se preocupa por vincular el Derecho con la realidad. (...) El Realismo Jurídico se presenta hoy bajo dos formas principales: la rama norteamericana y la escandinava. El norteamericano (Holmes, Frank, Llewellyn, etc.) es un realismo conductista en cuanto reducen la validez a proposiciones fácticas sobre la conducta efectiva de los jueces; el escandinavo (Lundstedt, Olivecrona, etc.), en cambio define la validez en términos descriptivos de hechos psicológicos. En ambas variantes del realismo se ha caído en la cuenta de que El Derecho es una ciencia que se ocupa de la conducta, vale decir, de hechos y relaciones reales, y que, consecuentemente, debe dejarse conducir por los mismos principios de las ciencias naturales. En apretada síntesis, los realistas sostienen que una norma jurídica es válida (o vigente como ellos prefieren decir) cuando es aplicada por los Tribunales. Las decisiones de los tribunales constituyen los fenómenos jurídicos o hechos sociales”. (Fernández Gómez 2007, 377)

La creciente influencia del Realismo Jurídico y de las escuelas anti formalistas del derecho ha venido trasegando casi que, de forma desapercibida en el entorno jurídico colombiano, de hecho, varios de los autores locales más destacados en la materia, han señalado permanente el predominio del formalismo jurídico en el discurso teórico, pese al activismo judicial que ha generado el proceso de transición hacia el control de constitucional heredado del modelo norteamericano:

“(...) El trasplante del control de constitucionalidad y del consecuente protagonismo de los jueces constitucionales, ha

estado acompañado por el estudio de sólo una de las líneas de la teoría jurídica anglosajona, esto es, la corriente constructivista sobre el derecho y la adjudicación. En efecto, mientras que autores como Hart y Dworkin han sido traducidos y recibidos con un entusiasmo cada vez mayor en el pensamiento jurídico en lengua española, e incluso en las decisiones judiciales, casi nada se sabe o se dice sobre las teorías críticas del derecho. (...) el discurso teórico continúa elaborando las nociones clásicas del formalismo jurídico, esto es, la coherencia del derecho y la neutralidad judicial. Igualmente, en tanto que el tránsito hacia el modelo norteamericano de control de constitucionalidad genera un creciente activismo judicial, la teoría y la dogmática tienden a insistir en la separación clásica de poderes y la distinción liberal entre el derecho y la política". (D. Kennedy, Libertad y Restricción en la Decisión Judicial 1999, 30, 31, 32)

Es importante tener en consideración que el anterior criterio doctrinal del profesor César Rodríguez data de 1999, por lo que le han sucedido casi dos décadas de evolución en teoría jurídica en Colombia, tiempo en el cual, como hemos venido advirtiendo, se ha incrementado la presencia y la influencia de las teorías críticas y anti formalistas del derecho en el ámbito jurídico-legal y académico colombiano.

Sin embargo, la influencia de las teorías de Hart en la cultura jurídica angloamericana difiere de la experiencia colombiana y latinoamericana en general ya que en nuestro entorno éstas se producen previo a la insurgencia de las teorías críticas y anti

formalistas del derecho como producto de la “semilla” sembrada por el Realismo Jurídico, tanto desde la óptica jurisprudencial como doctrinaria. El profesor Diego López de la Universidad de los Andes nos ilustra de forma más que acertada sobre este particular en su importante obra sobre teoría jurídica “Teoría Impura del Derecho”:

“(…) el argumento de Hart, sin embargo, varía de manera muy importante según la cultura jurídica desde la cual se le lea. (…), el argumento de Hart se hace en una cultura iusteórica angloamericana donde ya ha ocurrido una revuelta antiformalista, incluso anarquista, contra los significados fijos de las reglas. Leído desde el mundo intelectual angloamericano, el argumento de Hart está evidentemente diseñado para moderar una versión excesiva, en su parecer, de indeterminación y escepticismo normativo. Desde América Latina, en cambio, el argumento de Hart se hace antes de haberse producido una revuelta antiformalista del calado del realismo jurídico norteamericano. Para América Latina, en cambio, el argumento de Hart es una mala lectura pre-realista que termina refutando, implícitamente, a un positivismo y textualismo imperturbados en la región”. (D. E. López Medina, Teoría impura del Derecho 2004, 67)

En contraste, actualmente ya no resulta congruente afirmar simplemente que el realismo jurídico ha sido desplazado hacia los territorios de la sociología jurídica¹³³, toda vez que, al lado de otras

¹³³ Así lo concluye el propio César Rodríguez en su estudio preliminar de la traducción al español de la obra de Duncan Kennedy “Libertad y Restricción en la

corrientes de la teoría jurídica (tales como la teoría feminista del derecho, la teoría crítica de la raza y los propios *Critical Legal Studies*) ha logrado permear las decisiones del alto Tribunal Constitucional colombiano (y de la doctrina), tal como lo señala el doctrinante colombiano Gutiérrez Gómez:

“En cuanto al realismo jurídico, como teoría sociológica, que algunos autores no han percibido dentro del sistema nacional, es lo cierto que no solo la Constitución ha identificado parte de su teleología a la eficacia de sus instituciones, sino que además su máxima intérprete, la Corte Constitucional, ha hecho referencia en diversidad de pronunciamientos al mismo a través del principio de eficacia, que dicho sea de paso, se aprecia de suma importancia en lo que respecta especialmente al derecho procesal en cuanto atañe a la realización efectiva del derecho sustancial. De tal suerte la Corte Constitucional ha predicado el principio de eficacia en la función administrativa (v. gr. Sentenc. C-282 de 1997), en los derechos fundamentales (Sentencia T-495 de 1998), en la seguridad social (Sent.338 de 2005), en el texto a interpretar y de la eficacia jurídica, etc”. (Gutiérrez Gómez 2014, 78)

Particularmente, y como lo señala el mencionado autor colombiano, el principio de eficacia tomado del Realismo Jurídico ha

decisión judicial” al expresar que “la exclusión del pensamiento crítico de la teoría del derecho hispanoamericana ha hecho que la herencia realista se desplace a la sociología jurídica (...)” (D. Kennedy, Libertad y Restricción en la Decisión Judicial 1999, 32)

gozado de una fuerte aceptación en el entorno constitucional local, hasta el punto de llegar incluso a ser sustento de sentencias de tutela que orbitan en torno a garantías constitucionales de gran relevancia como es el caso de la Seguridad Social y derechos fundamentales como el derecho a la salud, entre otros.

Un claro ejemplo de lo anterior, es el aparte de la sentencia C-291 de 2007 de la Corte Constitucional que también cita Gutiérrez Gómez en su obra y el cual resulta más que pertinente transcribir, dado que ilustra diáfananamente la influencia del principio realista de eficacia en el Estado Social de Derecho y su vínculo inquebrantable con el proceso de adjudicación en cuanto a los derechos fundamentales se refiere:

“En este sentido, es importante aclarar que la informalidad y la celeridad del trámite de la acción de tutela, no significan una relajación absoluta de los deberes del juez en materia probatoria, ni mucho menos una interpretación de su función bajo parámetros típicamente dispositivos. El juez del Estado Social de Derecho está especialmente vinculado por el mandato del principio de eficacia, predicado en primer lugar, de los derechos fundamentales (art. 2 CN), y de manera especial, de los mecanismos para su protección (art. 2 de la CN y art. 3 del Decreto 2591 de 1991), como en el caso de la acción de tutela.

Este doble mandato, básico en el Estado Social de Derecho, implica que la función del Juez de tutela incorpora el despliegue de la actividad probatoria necesaria con el fin de establecer la veracidad de los hechos, y en caso de una insuficiencia en este

punto, la obligación de atender los criterios supletivos del ordenamiento jurídico (como la presunción de veracidad), que precisamente están concebidos para realizar los contenidos del mandato de eficacia: la protección efectiva de los derechos fundamentales. (...)

La importancia del principio de eficacia es que, mediante la exigencia de conductas activas del juez a partir de su posición de garante institucional, se pretende lograr la protección real de los derechos fundamentales de las personas. En el presente asunto, la no observancia de la conducta debida ha significado que el ciudadano Ocampo, quien sufre de diabetes, no haya recibido oportunamente la insulina NPH, medicamento indispensable para un tratamiento seguro de la enfermedad que padece”. ¹³⁴

Asimismo, el debido proceso, como figura garantista de la Constitución (artículo 29), desarrollado en el artículo 29 del Código Penal colombiano, y a su vez consagrado en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, encuentra su interpretación constitucional a través de la tarea del juez de buscar su fin constitucional para así cumplir con el fin esencial del Estado de lograr la efectividad de los principios, tal como lo dispone el artículo 2° de la Carta Magna.

¹³⁴ Véase sentencia T-299 de 2004 proferida por la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia de tutela en instancia-Carencia de fundamentación legal y fáctica)

Así lo expresa la Corte Constitucional por medio de los fundamentos jurídicos que justifican la protección del debido proceso a través de la acción de tutela¹³⁵, invocando el concepto de discrecionalidad del juez que emana del realismo jurídico norteamericano:

“(…) 2. Reglas y principios en el debido proceso. En el Título “De los principios fundamentales” de la Constitución está incluido el artículo 2° que señala como fin esencial del Estado la efectividad de los principios. En el artículo 228 se establece la prevalencia del derecho sustancial, en el artículo 229 de la C. P. se consagra el acceso a la administración de justicia, en el artículo 230 se habla del imperio de la ley y en el artículo 29 se desarrolla el debido proceso. Respecto a esta última norma, la enumeración allí contenida no puede ser una camisa de fuerza, sino que se trata de las llamadas NORMAS ABIERTAS. Entonces, la discrecionalidad del juez (característica de la escuela antiformalista del realismo jurídico norteamericano) permite que la cláusula abierta sea un instrumento fundamental para lograr la finalidad constitucional del debido proceso”.¹³⁶

¹³⁵ En el ámbito constitucional español, equivale a la acción conocida como “recurso de amparo constitucional” que puede interponerse ante el Tribunal Constitucional por vulneraciones de los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna española.

¹³⁶ Sentencia T-280 de 5 de junio de 1998, Corte Constitucional de Colombia (Debido proceso como norma abierta-Alcance/Debido Proceso-Justificación de su protección por tutela).

La discrecionalidad judicial a la que hace referencia la Corte Constitucional en este apartado jurisprudencial no es otra que la que propone el propio Realismo Jurídico a la hora de buscar la eficacia de la norma jurídica (o del ordenamiento jurídico en general). Dicha discrecionalidad en las diversas ramas del Derecho, por ejemplo en el derecho penal, actúa en conjunción con las reglas de la sana crítica en temas tan relevantes dentro del proceso de la adjudicación como lo es el de la apreciación de las pruebas, que a su vez obedece a la convicción interna, subjetiva del juez, que no es más que el producto de esa pugna de creencias, valores y principios que surge precisamente del conflicto constante del Derecho con la Política por el que abogan los *CLS* (*Law is Politics*) y cuyo concepto erigen desde las bases realistas:

“El realismo jurídico resalta la eficacia del derecho a partir de las actuaciones judiciales materializadas en la definición de controversias a través de la sentencia. En materia penal; el sistema de valoración de la sana crítica, le otorga al juez penal la discrecionalidad de adoptar sus fallos conforme a sus propios conocimientos y a las normas jurídicas que se desprenden de su labor, al momento de extraerlas de los enunciados normativos y he aquí donde la corriente realista cobra una influencia notable:

La estricta legalidad y las normas jurídicas no suelen ser un factor que influye directamente en los fallos de los jueces; sino que pasan a un segundo plano, siendo la convicción de dichos funcionarios la que constituyen uno de los factores encargados de arrojar las soluciones a controversias judiciales, aunque se puedan

observar decisiones escudadas en la norma aplicable o en lo que los mismos operadores consideran aplicable". (Pulido Callejas 2015, 53).

8. ESTADO ACTUAL DEL MOVIMIENTO

“(...) aunque los critical legal studies como movimiento político ha estado muerto durante varios años, los critical legal studies como una escuela académica del pensamiento jurídico está muy viva y tiene un análisis para contribuir, no a los países periféricos genéricamente, sino a la parte de los intelectuales de los países periféricos que está interesada en las críticas izquierdistas / modernistas / posmodernistas del sistema mundial actual”. (D. Kennedy, Two Globalizations of Law & Legal Thought: 1850-1968 2003, 631).

Creo que la anterior afirmación de Duncan Kennedy puede sintetizar, al menos de forma muy general, el estado actual del movimiento de los *Critical Legal Studies*. No obstante, considero que la respuesta deja por fuera varias aristas vigentes de la doctrina

filosófica norteamericana en la actualidad, lo cual puede explicarse en que, durante las últimas décadas, ha tenido una creciente acogida en países no sólo latinoamericanos, sino también europeos, en medio de los cuales debemos incluir también a España.

Desde su inepción formal en 1977 a través de la primera Conferencia de los *Critical Legal Studies* en la Universidad de Wisconsin ha representado, tanto en su concepción como en los hechos, una intervención categórica en la historia de la teoría jurídica universal. La importancia de su intervención, que he resaltado tanto implícita como explícitamente en la presente obra, ha sido la de desafiar el pensamiento legal actual para proponer una nueva visión de la sociedad bajo criterios que se desconocían antes de su llegada al mundo jurídico-filosófico, y que pese a estar latente en la doctrina, en la enseñanza del derecho, en las teorías críticas y anti-formalistas actuales, supuso un episodio importante en la vida americana, producto del inconformismo que generaron episodios como la Guerra del Vietnam, el movimiento de derechos civiles en la década de los sesenta y el activismo social que éstos nutrieron:

“El movimiento de los Critical Legal Studies fue un episodio en la vida estadounidense. Los estadounidenses fueron los principales responsables de su lanzamiento. Se dirigió a las circunstancias americanas y abarcó actitudes en las categorías de un discurso que, siendo no sólo estadounidense, se expresaba en términos que los estadounidenses podían entender y encontrar fácilmente atractivos. Sin embargo, las cuestiones en juego en los contextos pasados y futuros (...) no son peculiares a los Estados

Unidos; surgen en todo el mundo. Una circunstancia análoga en la que el movimiento de los Critical Legal Studies ha surgido, ha ocurrido en Europa y en los países de derecho civil”. (Mangabeira Unger, The Critical Legal Studies Movement 2014, 4)

Coincidiendo con la anterior apreciación de Roberto Unger, uno de los autores que se han erigido como una de las piedras angulares del movimiento, si bien el movimiento de los *Critical Legal Studies* representó inicialmente un discurso dirigido hacia los estadounidenses, con el transcurso del tiempo se fue globalizando, encontrando que muchas de las cuestiones que abordaba no eran exclusivas del país norteamericano, sino que se extendían a otras latitudes del planeta, entre ellas el viejo continente y aquellos países que habían adoptado el sistema jurídico del derecho civil, o en un castellano más correcto, “el sistema jurídico europeo-continental”. De hecho, y como lo hemos analizado a profundidad en este trabajo de investigación, el movimiento norteamericano ha influido en una gran escala en la academia legal en países latinoamericanos como Colombia (principalmente), México y Argentina. Asimismo, las teorías y críticas de algunos de sus pensadores más destacados como Duncan Kennedy han llegado a tener un espacio en varias decisiones de gran incidencia nacional – y también internacional- de las altas cortes del país cafetero, al lado de las de otros autores anti-formalistas del derecho y post-realistas con quienes los Critical

Legal Studies han tenido alguna conexión durante su historiografía¹³⁷.

El estado actual del movimiento de los Estudios Críticos del Derecho se puede sintetizar o compendiar en cuatro actividades que son las que extienden su legado hasta el día de hoy y clasificaría en cuatro áreas o aspectos a saber: *(i)* Producción intelectual: Traducciones y artículos; *(ii)* Presencia en currículos o planes de estudio de facultades de derecho; *(iii)* Conferencias; *(iv)* Reconocimientos.

(i) Producción intelectual: Traducciones y artículos. Las traducciones de textos y artículos de los *Critical legal Studies* se mantiene muy vigente a día de hoy, y provienen principalmente de la academia Latinoamericana. Tal es el caso de traducciones recientes de Kennedy como “Una semiótica crítica” (D. Kennedy, *Una semiótica de la crítica* 2016) publicada por la Universidad de los Andes, o el polémico “Abuso Sexual y Vestimenta Sexy” en Argentina (D. Kennedy, *Abuso sexual y vestimenta sexy - Cómo disfrutar del erotismo sin reproducir la lógica de la dominación masculina* 2016). Asimismo, se destacan artículos y tesis de académicos de universidades latinoamericanas como de la Universidad de Buenos Aires (Garza Onofre 2013), Barón Romero desde Colombia con su tesis de maestría en torno a las teorías feministas y *Critical Legal Studies* (Barón Romero 2014). Sobre la

¹³⁷ Tal es el caso del Realismo Jurídico Norteamericano, la Teoría Crítica de la Raza (CTR) y la Teoría Feminista del Derecho.

enseñanza del derecho en México, resulta importante citar el artículo conjunto publicado por la Revista Internacional de Pedagogía y Currículo (Alvarado Rodríguez, Pineda García y Robles Vázquez 2015) y, en cuanto a metodologías de los *CLS*, no podemos dejar pasar desapercibido el aporte de Tomás I. Griffa para la Revista de Derecho Público de la Fundación de Cultura Universitaria de Uruguay (Griffa 2014). Asimismo, se han creado revistas exclusivamente dedicadas a los *CriticalLegal Studies*, como es el caso del Idaho Critical Legal Studies Journal, la publicación de la facultad de Derecho de la Universidad de Idaho en los Estados Unidos (Idaho Critical Legal Studies Journal 2017).

(ii) Presencia en currículos o planes de estudio de facultades de derecho. La influencia de los *Critical Legal Studies* en la academia ha llegado a influir de tal forma, que ha llegado a ser incluida como asignatura en los currículos o planes de estudio de varias universidades o facultades de derecho alrededor del mundo, además de convertirse en tema habitual de exámenes, encontrando su hábitat natural en las aulas y pizarras donde se imparte la educación legal. Una muestra de ello es el programa para posgraduados de la SOAS Universidad de Londres (Reino Unido), donde se ofrece a los estudiantes un módulo o asignatura denominado “Law & Critique” (Derecho y Crítica) y en el cual se ilustra al alumno sobre los principales textos de aproximación crítica, tal como lo describe en su página web: “*Introduce a los estudiantes a textos primarios de diferentes enfoques legales críticos, incluyendo: críticas literarias del derecho, realismo jurídico*

americano, estudios jurídicos críticos, teoría crítica de la raza, movimiento del derecho y de la sociedad y crítica ideológica". (SOAS University of London 2017). En la Universidad de Buenos Aires (Argentina), también se incorpora el estudio de los *Critical Legal Studies* en la asignatura de Teoría General y Filosofía del Derecho, de hecho, en algún momento llegó a ser una asignatura optativa para los estudiantes de la academia legal bonaerense. Por otro lado, en varias facultades de Derecho de Colombia¹³⁸, es común encontrarse con el tema de los CLS como parte del programa académico, incluso hasta el punto de ser evaluado con rigurosidad en los exámenes finales. A manera de ejemplo, citaré a continuación dos preguntas de un examen final de la asignatura de Filosofía de Derecho para estudiantes de último año de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, una de las facultades más prestigiosas de Colombia y Latinoamérica: Pregunta 1: "*Explique las teorías críticas del derecho (Critical legal Studies) ¿Por qué se dice que hacen parte del movimiento de la postmodernidad? y ¿Por qué se afirma que no son grandes construcciones en torno a la filosofía del derecho sino que explican aspectos puntuales como el género, la geografía en el derecho, la raza en el derecho, la economía en el derecho etc.? De un ejemplo concreto de esta tendencia*". Pregunta 2: "*En los cinco años de estudio y siguiendo la tesis los estudios críticos del derecho de Duncan Kennedy ¿Cuáles serían sus principales críticas*

¹³⁸ Véanse Universidad de los Andes y Universidad Externado de Colombia (privadas) y Universidad Nacional de Colombia (pública), como los dos claustros académicos cuyas facultades de derecho han recibido el mayor influjo del legado de los *Critical Legal Studies* en tierras colombianas.

al estudio del derecho, respecto al rol que debe cumplir el abogado en la sociedad?”(Ramírez Cleves, Iureamicorum 2008)

(iii) Conferencias: Las Conferencias se han erigido como otro de los vasos sanguíneos que continúan irrigando oxígeno al movimiento de los *Critical Legal Studies* para seguir con vida en la actualidad. Y es tan actual tal actividad, que el pasado mes de marzo, el célebre miembro fundador del movimiento Mark Tushnet, estuvo en la ciudad de Bogotá (Colombia), precisamente dando una Conferencia en la Corte Constitucional colombiana sobre políticas públicas y decisiones judiciales(Ramírez Cleves, Iureamicorum 2017). Asimismo, el profesor Tushnet hizo parte de la maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia para hablar del tema de los derechos sociales y responder algunas entrevistas. Otra de las iniciativas que también continúa promoviendo el debate en conferencias de temas relacionados con el movimiento es Critical Legal Thinking, una plataforma para académicos críticos del derecho que publica artículos y análisis sobre temas en esta vertiente. El mes pasado se celebró una Conferencia, en la cual, entre otro temas, se abordó el tema de los *Critical Legal Studies* y la economía política (Critical Legal Thinking 2017). A principios de esta década, otros fundadores célebres del movimiento, como Duncan Kennedy, también liderarían conferencias en Colombia, como la de 2010(D. Kennedy, Uniandes - Conversatorio de Duncan Kennedy con estudiantes de Derecho 2010) en la Universidad de los Andes donde condujo una discusión en el auditorio con estudiantes de derecho sobre algunos de los

temas centrales que han inquietado al movimiento durante sus cuatro décadas de existencia.

(iv) Reconocimientos: Creo que los reconocimientos que han recibido algunos de los miembros fundadores de los *Critical Legal Studies* a través de los años, han constituido una forma de mantener vivo el legado del movimiento, desde la recepción de títulos honoríficos de doctorado honoris causa¹³⁹, pasando por premios mundiales¹⁴⁰ hasta incluso alcanzar altos nombramientos en altos cargos del gobierno¹⁴¹

De forma concluyente, es seguro decir que el legado de los *Critical Legal Studies* continúa vivo en la actualidad a través de su inclusión en los programas de las facultades de Derecho, en las producciones intelectuales sobre temas relacionados con sus teorías y proposiciones, en las actividades de campo y reconocimiento de sus miembros y, como lo ha dicho el propio Kennedy, “*como una escuela de pensamiento en la academia legal*” (D. Kennedy, *Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies* 1998, 465).

¹³⁹ Como ya lo he mencionado en apartados previos de esta obra, Duncan Kennedy ya ha recibido el título de doctor Honoris Causa por claustros académicos como la Universidad de los Andes de Colombia, la Universidad de Buenos de Argentina y la Escuela de Derecho SciencesPo de Francia.

¹⁴⁰ James Boyle, uno de los autores fundadores del movimiento de los *CLS*, quien además compendió una de las obras más grandes del movimiento (Boyle 1994), ganó el Premio Mundial de Tecnología en el Derecho en el 2003.

¹⁴¹ Roberto Unger ha recibido distinciones por su labor en servicio del gobierno brasileño, en el cual también ha sido nombrado como Ministro de Asuntos Estratégicos en el gobierno de Lula.

CONCLUSIONES

I

Los *Critical Legal Studies* ha sido un movimiento libre, conformado esencialmente por profesores norteamericanos de ala izquierda pertenecientes a las facultades de Derecho de universidades como Harvard, Yale, Wisconsin y Búfalo –entre otras-, que compartían ideas, teorías y posiciones críticas comunes en torno a temas de gran relevancia para ellos como el uso de la ley como instrumento de los más poderosos para mantener su lugar en la jerarquía y legitimar el *statu quo*, la educación jurídica y la politización de las aulas, el carácter indeterminado del Derecho, entre algunos de los más relevantes.

II

Esta escuela del pensamiento norteamericana se alimentó de una diversidad de influencias y fuentes teóricas posmodernistas, que van desde el neo-marxismo o Escuela de Fráncfort, pasando por la Epistemología Relativista hasta llegar a las ideas del filósofo y teórico social francés Paul-Michel Foucault. Asimismo, el movimiento continuó el legado de sus antecesores inmediatos, los realistas jurídicos, contemplando muchos elementos característicos de su filosofía al interior de sus ideas, como es la indeterminación

legal y la primacía de “la teoría de la voluntad” o “teoría de los actos voluntarios”, basada en la proposición de que las normas o el derecho en sí es arbitrario, situación de donde surge la imposición de la voluntad de una clase sobre la otra.

III

Para efectos prácticos y de naturaleza académica, la historiografía de los *Critical Legal Studies* puede fragmentarse o dividirse en cuatro fases o etapas a saber, las cuales describen sustancialmente las características del movimiento en cada período. Estas fases son: fase inicial o de la crítica global al Derecho y a la enseñanza jurídica (1977-1983), la fase del debate sobre los derechos de la persona o “rights debate” (1983-1984), la fase de la deconstrucción del discurso de los derechos (1985-1991) y la fase actual (1992-hoy). No obstante, pese a la existencia de varias etapas claramente diferenciadas, podemos afirmar que fue la fase inicial la que resultaría determinante en el futuro del movimiento, ya que sobre ella erigiría sus ideas, teorías y proposiciones esenciales y se proyectaría al ámbito académico, doctrinal e intelectual internacional, concretamente en este caso, al latinoamericano.

IV

Pese a la coincidencia en muchas de sus posiciones, ideas y/o teorías, los *Critical Legal Studies* fue un movimiento de naturaleza heterogénea y en continua evolución, incorporando ideas, preceptos y/o teorías de otras disciplinas ajenas al derecho como la filosofía, la antropología, la sociología jurídica, la sicología, la ética y la

historiografía, entre algunas de las más importantes a destacar. Esta heterogeneidad es precisamente una de las características más emblemáticas de esta corriente filosófica que ha sido no sólo protegida, sino también estimulada a través de las diferentes etapas que conforman su historiografía.

V

Luego de cuatro décadas de existencia formal, el movimiento de los *Critical Legal Studies* ha pasado a asumir un rol protagónico no sólo en el pensamiento jurídico local (Norteamérica) sino también mundial, en virtud de la importancia de sus aportes a la teoría jurídica actual. Este creciente protagonismo se ha visto plasmado en la publicación de una diversidad de trabajos científicos y monografías, principalmente en inglés. No obstante, a día de hoy, aún resulta escaso el volumen de trabajos en español, de allí la gran importancia que reviste esta tesis doctoral como marco de referencia para el estudio actual del movimiento en nuestra lengua materna.

VI

Los *Critical Legal Studies* han servido como punto de partida para el inicio de otras teorías críticas del derecho que, durante la fase inicial del movimiento hicieron parte integral de él y posteriormente se separaron a raíz de divergencias ideológicas y conceptuales. Dentro este grupo de teorías descendientes de los *CLS* podemos citar algunas de gran relevancia en la actualidad como la teoría jurídica feminista –también concebida como teoría feminista

del derecho y jurisprudencia feminista-, la teoría crítica de la raza – mejor conocida por su abreviatura en inglés “CTR” (Critical Race Theory)- y la Teoría Crítica Latina (LatCrit), la cual, haciendo uso de un estricto orden hereditario, sería como una especie de “nieta” de los *Critical Legal Studies*, ya que a su vez se desprende de la teoría crítica de la raza aunque conservando ideas o presupuestos esenciales de los *CLS*.

VII

Al momento de sustentar sus argumentaciones y críticas, el movimiento de los *Critical Legal Studies* se ha valido de un amplio abanico de metodologías o técnicas, entre las cuales resulta relevante destacar la propia metodología del Realismo Jurídico –que se puede condensar en el análisis histórico-doctrinal-, la demolición, crítica demoledora o “trashing”, la investigación en teoría social de Max Weber, la deconstrucción y la genealogía histórica, entre algunas de las más destacadas.

VIII

Este movimiento estadounidense ha venido ejerciendo una fuerte influencia en el ámbito académico latinoamericano, principalmente durante la última década, logrando despertar un inusitado interés en sus propuestas por parte de facultades de Derecho como las de la Universidad de los Andes y Universidad Nacional en Colombia, las de la Universidad de Buenos Aires y de Palermo en Argentina y la de la Universidad Autónoma de México, entre otras. Tal ha sido el influjo de las teorías críticas de los *Critical*

Legal Studies en estos entornos universitarios, que destacados miembros del movimiento han visitado en reiteradas ocasiones estos claustros para exponer sus ideas, recibiendo incluso el doctorado *honoris causa* por sus aportes a la teoría jurídica contemporánea (véase el caso de Duncan Kennedy quien ha recibido el título honorífico tanto por parte de la Universidad de los Andes de Colombia como de la Universidad de Buenos Aires en Argentina). Al mismo tiempo, académicos de los *CLS* han sido tutores de tesis de doctorado de algunos los profesores más destacados de estas universidades –como sucede con una parte importante de los profesores de la Universidad de los Andes de Colombia-. Igual importancia ha tenido la publicación de algunos de los textos, monografías, artículos y ensayos de los autores más prominentes del movimiento en lengua castellana por las editoriales de las mencionadas universidades. Estas actividades denotan el impacto y la gran influencia que el pensamiento crítico de los *CLS* ha ejercido –y ejerce al día de hoy-, en la academia y enseñanza del derecho en América Latina.

IX

Las principales influencias de las teorías y argumentos de las escuelas antiformalistas y posrealistas del derecho en el ámbito judicial colombiano se pueden sintetizar o condensar en cuatro a saber: i) la ideología política en la actividad judicial o la crítica a la adjudicación de Duncan Kennedy, ii) el concepto de justicia transicional de Martha Minow con ocasión del proceso de paz con las FARC y la exequibilidad del plebiscito que refrendó el acuerdo

final para la terminación del conflicto, iii) el concepto de “interseccionalidad” de Kimberlé Crenshaw en cuanto a la pertenencia de una persona a más de uno de los grupos considerados tradicionalmente discriminados por razones de sexo, género o raza y, iv) los criterios de la eficacia y validez de la actividad judicial y de la norma jurídica emanados de la doctrina filosófica del Realismo Jurídico.

X

La creación de la figura del control –o revisión, en el caso mexicano- de constitucionalidad, con el advenimiento de las nuevas constituciones latinoamericanas, como la Carta Magna colombiana de 1991, la Constitución argentina de 1994 o la reforma constitucional mexicana de 2011, dieron paso a la llegada y asimilación de nuevas teorías jurídicas, dando de esta forma la bienvenida a teorías anti-formalistas y post-realistas del derecho como la promulgada por los *Critical Legal Studies*, en contraposición a las constructivistas de autores como Hart o Dworkin. Este escenario ha permeado el pensamiento judicial en Latinoamérica, que en consecuencia ha dado lugar a fenómenos como el fuerte activismo de los operadores jurídicos y el alcance progresista reflejado en las decisiones o providencias de los altos tribunales y/o cortes.

XI

La importancia del anterior giro constitucional radica en que, con la llegada de las teorías críticas del derecho al entorno jurídico

colombiano y latinoamericano en general, los jueces han contado con las herramientas argumentativas y teóricas necesarias para hacer una defensa real y efectiva de los derechos de grupos tradicionalmente discriminados –como es el caso de los homosexuales o las prostitutas en Colombia-. Si no fuese, de un lado por la expedición de las nuevas constituciones y los derechos consagrados en ellas y, por otro, el gran auge de las escuelas anti-formalistas y post-realistas en el escenario latinoamericano, no hubiese sido posible para los jueces evitar la transgresión de los derechos de estas personas, toda vez que quedarían despojados de las armas jurídico-argumentativas tanto a la hora de proferir sus fallos, como al momento de estas personas desprotegidas –o tradicionalmente discriminadas- buscar los instrumentos o herramientas para lograr la verdadera protección de sus derechos y así garantizar su pleno goce.

BIBLIOGRAFÍA

Altman, Andrew. *Critical Legal Studies - A Liberal Critique*. Princeton: Princeton University Press, 1993.

Altman, Andrew. "Legal Realism, Critical Legal Studies and Dworkin." *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 15, No. 3, 1986: 298.

Alvarado Rodríguez, María Eugenia, Thelma Zuleyma Pineda García, and Jorge Robles Vázquez. "La enseñanza del derecho en México: ¿abogados críticos? Estudios de casos." *Revista Internacional de Pedagogía y Currículo*, 2015: 35.

Alvárez, José E. "North American Free Trade Agreement's Chapter Eleven." *University of Miami Inter-American Law Review*, 1997: 312.

Aoki, Keith, and Kevin R. Johnson. "An Assessment of LatCrit Theory Ten Years After." *Indiana Law Journal*, 2008: 1714.

Arnoletto, Eduardo Jorge. *Glosario de conceptos usuales*. Buenos Aires: Eumed.net, 2007.

Balkin, Jack M. "Deconstructive Practice and Legal Theory." *Yale Law Journal*, 1987.

Barnett, Hilaire. *Introduction to Feminist Jurisprudence*. Abingdon, Oxon: Routledge-Cavendish, 1989.

Barón Romero, Dana Yanine. "¿Justicia en Equidad sin equidad de género? Reflexiones sobre su aporte a las mujeres." Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, agosto 6, 2014.

Bauman, Richard W. *Ideology and Community in the First Wave of Critical Legal Studies*. Toronto: University of Toronto Press, 2002.

Baxi, Upendra. *The Crisis of the Indian Legal System. Alternatives in Development: Law*. Ghaziabad, Uttar Pradesh, India: Vikas Publishing House Pvt Ltd, 1982.

Beck, R. "The Faith of the 'Crits': Critical Legal Studies and Human Nature." *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 1988: 785.

Benítez Rojas, Vicente Fabián, and Germán Alonso González Herrera. "Kennedy como pretor: Una crítica desde los Estudios Críticos del Derecho a la teoría de la adjudicación judicial y a las teorías jurídicas dominantes en Colombia (formalismo-antiformalismo)." *Universitas Estudiantes*, 2007: 173.

Beta Hernández-Truyol, Ángela Harris, and Francisco Valdes. "Beyond the First Decade: A Forward-Looking History of LatCrit Theory, Community and Praxis." *Berkeley La Raza Law Journal*, 2006: 216.

Bix, Brian H. *Diccionario de teoría jurídica*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.

Bordieu, Pierre. *Outline Of A Theory Of Practice*. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 1977.

Boyle, James. *Critical Legal Studies*. Cambridge: University Press, 1994.

Calsamiglia, Albert. "La retórica de Critical Legal Studies. Impresiones de un lector español." *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 11, 1992: 323.

Cardona, Carlos Andrés Zapata. "La crítica jurídica como elemento para revisar el estudio del derecho." *Universidad de Antioquia*, 2012: 11.

Carrasco, Enrique R. "Opposition, Justice, Structuralism, and Particularity: Intersections between LatCrit Theory and Law and Development Studies." *The University of Miami Inter-American Law Review*, 1996/1997: 505.

César Cermeño, and Julián González. "Del reconocimiento de la naturaleza humana en el juez aduanero." *Revista de Derecho Aduanero*, 2011: 34.

Cook, Anthony E. "Beyond Critical Legal Studies: The Reconstructive Theology of Dr. Martin Luther King, Jr." *Harvard Law Review* Vol. 103, No. 5, 1990: 985-1044.

Costas Douzinas, Ronnie Warrington, and Shaun McVeigh. *Postmodern Jurisprudence: The Law of the Text in the Text of the Law*. Londres: Routledge, 1991.

Crenshaw, Kimberlé. *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color*. Stanford: Stanford Law Review, 1991.

Crenshaw, Kimberlé. "Race, Reform and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law." *Harvard Law Review*, N^o 101, 1988: 1986.

Critical Legal Thinking. *CATASTROPHE: Critical Legal Conference: Call for Papers & Panels*. marzo 13, 2017. <http://criticallegalthinking.com/2017/03/13/critical-legal-conference-call-papers-panels/>.

Dalton, Clare. "An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine." *The Yale Law Journal*, 1985: 997-1114.

Dalton, Harlon. *Racial Healing: Confronting the Fear Between Blacks & Whites*. Nueva York: Anchor Books, 1996.

David Kairys. *The Politics of Law. A progressive critique*. New York: Basic Books, 1998.

David, René, and Camille Jauffret-Spinosi. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

Dávila Newman, Gladys. "El razonamiento inductivo y deductivo dentro del proceso investigativo en ciencias experimentales y sociales." *Laurus Revista de Educación*, 2006: 205.

de Urina, Haydee Valencia. "Activismo de la Corte Constitucional de Colombia y su impacto en el Derecho de Familia." *Inciso*, 2011: 166.

De Ville, Jacques. *Jacques Derrida: Law as Absolute Hospitality: Law as Absolute Hospitality*. Nueva York: Routledge, 2011.

Delgado Bernal, Dolores, and Daniel G. Solórzano. "Examining transformational resistance through a critical race and Latcrit theory framework: Chicana and Chicano students in an urban context." *Urban Education*, 2001: 342.

Delgado, Richard, and Jean Stefancic. *Critical Race Theory - An Introduction*. Nueva York y Londres: New York University Press, 2001.

—. *Must We Defend Nazis? Hate Speech, Pornography, and the New First Amendment*. Nueva York: NYU Press, 1997.

Delgado, Richard, Juan Perea, and Jean Stefancic. *Latinos and the Law: Cases and Materials (American Casebook Series)*. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2008.

Derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual diversa / Derecho a la educación y principio de autonomía universitaria / Derecho a la igualdad y principio de no

discriminación. Sentencia T-141 (Corte Constitucional de Colombia, 2015).

Derrida, Jacques. "Force of Law: The 'Mystical Foundation of Authority'." In *Deconstruction and the Possibility of Justice*, by Drucilla Cornell, Michael Rosenfield and David G. Carlson. Nueva York: Routledge, 1992.

Douzinas, Costas, and Peter Goodrich. *Politics, postmodernity and critical legal studies*. Nueva York: Routledge, 1994.

Duxbury, Neil. *Patterns of American Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1997.

Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2012.

Elizabeth M. Iglesias. "LatCrit Theory: Some Preliminary Notes Towards a Transatlantic Dialogue." 9 *U. Miami Int'l & Comp. L. Rev.* 1, 2001: 32.

Eljatib, Axel O. "Desde Otra Mirada: Textos de Teoría Crítica del Derecho." *Eudeba*, 2001: 418.

Engle, Erik. *Lex Naturalis, Ius Naturalis: Law as Positive Reasoning & Natural Rationality*. Melbourne: The Elias Clark Group, 2010.

Faralli, Carla. *La filosofía del derecho contemporánea*. Madrid: Universidad Complutense, 2007.

Fernández Gómez, Lorenzo. *Temas de filosofía del derecho*. Caracas: Publicaciones UCAB, 2007.

Ferrater Mora, José. *Diccionario de Filosofía*. Buenos Aires: Ed. Sudamericana, Tomo I, 5ª edición, 1964.

Fish, Stanley. *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary & Legal Studies*. Durham, NC: Duke University Press Books, 1990.

Fish, Stanley. "Interpreting the "Variorum"." *The University of Chicago Press Journals*, 1976: 465-485.

—. *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1982.

Fortún Costea, Alberto. "¿Pensando en los Estados Unidos?" *Boletín de los colegios de abogados de Aragón*, marzo - abril 2000: 26.

Foucault, Michel. *Microfísica del poder*. Madrid: Las Ediciones de La Piqueta, 1980.

—. *Nietzsche, la genealogía, la historia*. Valencia: Pre-Textos, 1988.

Foucault, Michel. "The Foucault Reader." In *The Foucault Reader*, by Michel Foucault, 390. Nueva York: Pantheon Books, 1984.

—. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2002.

Freeman, Samuel. "Capitalism in the classical and high liberal traditions: Volume 28, Part 2." In *Liberalism and Capitalism*, by Ellen Frankel Paul, Fred D. Miller and Jeffrey Paul, 282. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2011.

Frug, Gerald E. "The Ideology of Bureaucracy in American Law." *Harvard Law Review*, Vol. 97, No. 6, 1984: 1276-1388.

Garza Onofre, Juan José. "Aproximaciones de los Critical Legal Studies (CLS) en torno al componente ideológico en la educación jurídica." *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" - Año VII, Número 11*, 2013.

Giadalah, Gattas Abugattas. "Sistemas de incorporación monista y dualista: ¿tema resuelto o asignatura pendiente?" *Agenda Internacional*, 2006: 461.

Gordon, Robert. "Law and Identity." *Stanford Law Review*, vol. 36, núm. 1-2, 1984.

Gordon, Robert W. "Conferencia Brendan Brown: la teoría crítica del derecho (Critical Legal Studies), como método de enseñanza del derecho." In *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, by Martín F. Böhmer, 172. Barcelona: Gedisa, 1999.

Gordon, Robert W. "Critical Legal Histories." *Yale Law School, HeinOnline -- 36 Stan. L. Rev.* 57, 1984: 245-246.

Gordon, Robert W. "Critical Legal Studies as a Teaching Method." *Yale Law School Faculty Scholarship*, 1989: 407.

Gordon, Robert W. "Introduction: J. Willard Hurst and the Common Law Tradition in American Legal Historiography." *Law and Society Review* 9, 1975: 43.

Gordon, Robert W. "Law and Ideology." *Tikkun Magazine*, Vol. 3, N^o 1, 1988: 87.

Griffa, Tomás I. "La deconstrucción en los Critical Legal Studies." *Revista de Derecho Público* número 45, 2014: 78.

Guinier, Lani. *The Miner's Canary: Enlisting Race, Resisting Power, Transforming Democracy*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003.

Gutiérrez Gómez, Giovanni Yair. *Estado social de derecho o estado garantista y el mito de la responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos*. Bloomington: Palibrio LLC, 2014.

Haba, Enrique Pedro. *Axiología jurídica fundamental: bases de valoración en el discurso jurídico. Materiales para discernir en forma analítico-realista las claves retóricas de esos discursos*. San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 2004.

Hartman, Geoffrey. *Criticism in the Wilderness: The Study of Literature Today*. New Haven, CT: Yale University Press, 2007.

Hernandez-Truyol, Berta, Angela Harris, and Francisco Valdés. "Beyond the First Decade: A Forward-Looking History of LatCrit Theory, Community and Praxis." *Berkeley La Raza Law Journal*, 2006: 216.

Hunt, Alan. "The Theory of Critical Legal Studies." *Oxford Journal of Legal Studies*, 1986: 45.

Hunt, Alan, and Peter Fitzpatrick. "Introduction to Critical Legal Studies." *Journal of Law and Society*, Vol. 14, No. 1, 1987: 1-3.

Hutchinson, A.C., and L.J.M. Green. "Law and the community: the end of individualism?" *Dalhousie Journal of Legal Studies*, 1992: 205.

Hutchinson, Allan C. *Critical Legal Studies*. Totowa, New Jersey: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1989.

—. *The Rule of Law: Ideal or Ideology*. International: Transnational Pub, 1987.

—. *Toward an Informal Account of Legal Interpretation*. Nueva York: Cambridge University Press, 2016.

Hutchinson, Allan C., and L.J.M. Green. "Law and the community: the end of individualism?" *Dalhousie Journal of Legal Studies*, 1992: 205.

Idaho Critical Legal Studies Journal. *University of Idaho / Law*. abril 23, 2017. <http://www.uidaho.edu/law/critical-legal-studies>.

Iglesias, Elizabeth M., and Francisco Valdés. "Religion, Gender, Sexuality, Race and Class in Coalitional Theory: A Critical and Self-Critical Analysis of LatCrit Social Justice Agendas." *Chicana/o Latina/o Law Review*, 1998: 86.

Jason Whitehead. "From Criticism to Critique: Preserving the Radical Potential of Critical Legal Studies Through a

Reexamination of Frankfurt School Critical Theory." *Florida State University Law Review*, 1999: 742.

Kairys, David. *The Politics of Law. A Progressive Critique*. Nueva York: Basic Books, 1998.

—. *The Politics Of Law: A Progressive Critique*. Nueva York: Basic Books, 1998.

Kelman, Mark. *A Guide to Critical Legal Studies*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1987.

Kelman, Mark. "Trashing." *Stanf L Rev* 293 (Stanf L Rev 293), 1984.

Kennedy, David W. "Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship." *21 New Eng. L. Rev.* 209, 1986: 276.

Kennedy, Duncan, interview by Vicki Quade. *¿Son los abogados realmente necesarios?* (Otoño 1987).

Kennedy, Duncan, interview by Gerard Clark. *A Conversation with Duncan Kennedy* (1994).

—. *A Critique of Adjudication*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997.

—. *Abuso sexual y vestimenta sexy - Cómo disfrutar del erotismo sin reproducir la lógica de la dominación masculina*. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2016.

Kennedy, Duncan, interview by Vicki Quade. *Are Lawyers Really Necessary?* (1987).

Kennedy, Duncan. "Critical Legal Studies - La educación como preparación para la jerarquía (fragmento)." *Excepción - Revista Gremial del CED*, 2012: 40.

—. "Critical Legal Thinking — Law and the Political —." noviembre 17, 2015. <http://criticallegalthinking.com/2015/11/17/a-conversation-with-duncan-kennedy/>.

Kennedy, Duncan. "Form and Substance in Private Law Adjudication." *Harvard Law Review*, 1976: 1778.

Kennedy, Duncan. "Freedom & Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology." In *Critical Legal Studies*, by James Boyle, 602. Cambridge: University Press, 1994.

—. *Izquierda y derecho*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores S.A., 2010.

Kennedy, Duncan, interview by Jimena Aliaga Gamarra. *La controversia política es parte del razonamiento jurídico* (2005).

Kennedy, Duncan. "La Crítica de los Derechos en los Critical Legal Studies." In *Left Legalism/Left Critique*, by Wendy Brown and Janet Halley, 457. Durham, NC: Duke University Press, 2002.

Kennedy, Duncan. "La educación legal como preparación para la jerarquía." *Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, 2004: 318.

—. *La enseñanza del derecho como forma de acción política*. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2012.

Kennedy, Duncan. "Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies." *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 1998: 701.

Kennedy, Duncan, interview by Tor Krever, Carl Lisberger and Max Utzschneider. *Law on the Left: a Conversation with Duncan Kennedy* (noviembre 17, 2015).

Kennedy, Duncan. "Legal Education and the Reproduction of Hierarchy." *Journal of Legal Education*, 1982: 660.

—. *Legal Education as a Training for Hierarchy*. Nueva York: D. Kairys, ed., 1990.

—. *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999.

Kennedy, Duncan. "Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos." *Doxa-11*, 1992: 293.

Kennedy, Duncan. "Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos." *Doxa*, no. 11 (1992): 292.

Kennedy, Duncan. "Politizar el aula." *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, 2007: 285.

Kennedy, Duncan. "The Role of Law in Economic Thought: Essays on the Fetishism of Commodities." *34 Amer. Univ. L. Rev.* 939, 1985: 1001.

Kennedy, Duncan. "The Structure of Blackstone's Commentaries." *Buffalo Law Review*, Nº 28, 1979: 382.

Kennedy, Duncan. "Two Globalizations of Law & Legal Thought: 1850-1968." *Suffolk University Law Review*, 2003: 679.

Kennedy, Duncan. "Una semiótica de la crítica." *UNA Revista de Derecho Vol. I*, 2016: 48.

—. *Uniandes - Conversatorio de Duncan Kennedy con estudiantes de Derecho*. marzo 18, 2010. <https://youtu.be/rx3lvTqeYGQ>.

Kennedy, Duncan, and Karl E. Klare. "A Bibliography of Critical Legal Studies." *The Yale Law Journal*, 1984: 490.

Klare, Karl E. "The Law School Curriculum in the 1980's: What's Left?" *Journal of Legal Education*, 1982: 660.

Kress, Kenneth. "Legal Indeterminacy." *California Law Review*, 1989: 453.

Krieger, Peter. "La deconstrucción de Jacques Derrida (1930-2004)." *Anales del Instituto de Investigaciones Estéticas*, 2004: 223.

Lafuente Ibáñez, Carmen, and Ainhoa Marín Egoscozábal. "Metodologías de la investigación en las ciencias sociales:

Fases, fuentes y selección de técnicas." *Revista EAN* No. 64: *septiembre-diciembre*, 2008: 18.

Law and Society Association. 2016.
<http://www.lawandsociety.org/history.html>.

Llewellyn, Karl. "On Warranty of Quality, and Society (pt. II)." *Columbia Law Review* 699, 1936: 1262-1263.

Lloredo Alix, Luis Manuel. "Los votos discrepantes del juez o. W. Holmes." *Derechos y libertades*, 2007: 262.

Lopera Echavarría, Juan Diego, Carlos Arturo Ramírez Gómez, Marda Ucaris Zuluaga Aristizábal, and Jennifer Ortiz Vanegas. "El método analítico como método natural." *Nómaditas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 2010: 27.

López Medina, Diego Eduardo. *Libertad y restricción de la decisión judicial - Presentación*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999.

—. *Teoría impura del Derecho*. Bogotá: LEGIS, 2004.

López Medina, Diego. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis-Uniandes, 2002.

Lynd, Staughton. *The Fight against Shutdowns: Youngstown's Steel Mill Closings*. Chicago, IL: Charles H Kerr Pub Co, 1992.

Lynd, Staughton, and Daniel Gross. *Labor Law for the Rank & Filer: Building Solidarity While Staying Clear of the Law*. Oakland, CA: PM Press, 2011.

MacKinnon, Catharine A. *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1987.

—. *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*. New Haven, CT: Yale Fastback Series, 1979.

—. *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989.

Mangabeira Unger, Roberto. *Knowledge and Politics*. Nueva York: Free Press, 1976.

—. *The Critical Legal Studies Movement*. Brooklyn, NY: Verso, 2014.

—. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.

Mark Tushnet. "Some Current Controversies in Critical Legal Studies." *German Law Journal*, 2011: 598.

Marrades Puig, Ana I. *Luces y sombras del derecho a la maternidad: Análisis jurídico de su reconocimiento*. Valencia: Universitat de València, 2002.

Martínez, Mauricio. "Los conflictos entre las altas Cortes." *UN Periódico - Periódico de la Universidad Nacional de Colombia*, 2005.

Matsuda, Mari J. "Looking to the Bottom: Critical Legal Studies and Reparations ." *22 Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 323, 1987: 77.

Menkel-Meadow, Carrie. "Feminist Legal Theory, Critical Legal Studies, and Legal Education or The FemCrits Go to Law School." *Journal of Legal Education*, v38 n1-2 , 1988: 61-85.

Mesa M., Domingo A. "Fisuras en el pensamiento jurídico contemporáneo: el movimiento «Critical Legal Studies»." *Criterio Jurídico*, 2002: 265.

Minda, Gary. *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence At Century's End*. Nueva York: NYU Press, 1995.

Minda, Gary. "The Law and Economics and Critical Legal Studies Movements in American Law." *Recent Economic Thought Series*, 1989: 264.

Minow, Martha. "Frug's Women and the Law." In *Women and the Law (University Casebook Series) 4th Edition*, by Libby Adler, Lisa Crooms-Robinson, Judith Greenberg, Martha Minow and Dorothy Roberts, 1216. Foundation Press, 2007.

Minow, Martha. "Interpreting Rights: An essay for Robert Cover." *Yale Law Journal* 96, 1987: 2176.

Minow, Martha. "Law Turning Outward." *Telos*, 1986.

—. *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion and the American Law*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 2000.

Minow, Martha, David Crocker, and Rama Mani. *Justicia Transicional*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2011.

Mises, Ludwig von. *Liberalism in the Classical Tradition*. San Francisco, California: Cobden Press, 2002.

Molas, Josep Monserrat, and Antoni Abad i Ninet. "Principio de discurso y democracia directa: Faktizität und Geltung y la obra de B. Ackerman." *Doxa*, 2009: 625.

Molina Ochoa, Andrés. "Estudios Críticos del Derecho." In *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, volumen uno*, by Jorge Luis Fabra Zamora and Álvaro Núñez Vaquero, 892. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

Moller Okin, Susan. *Justice, gender, and the family*. Nueva York: New York: Basic Books, 1989.

—. *Women in Western Political Thought*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1979.

Muñoz, Eduardo Cifuentes. "La justicia constitucional en Colombia." *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 1997: 410.

Núñez Vaquero, Álvaro. "Teorías críticas del derecho: observaciones sobre el modelo de ciencia jurídica." *Anuario de Filosofía del Derecho* Núm. XXVI, 2010: 434.

O'Looney, John. *Economic Development and Environmental Control: Balancing Business and Community in an Age of NIMBYS and LULUS*. Westport, CT: Praeger, 1995.

- Olsen, Frances. "Feminism and Critical Legal Theory: An American Perspective." *International Journal of Sociology of Law*, n. 18, 1990: 199-215.
- Ortiz, Frida, and María del Pilar García. *Metodología de la Investigación*. México: Limusa, 2005.
- Owen M. Fiss. "¿La Muerte del Derecho?" *DOXA* 10, 1991: 358.
- Pattaro, Enrico, and Corrado Roversi. *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Volume 12*. Houten: Springer, 2016.
- Pérez Huber, Lindsay. "Using Latina/o Critical Race Theory (LatCrit) and Racist Nativism To Explore Intersectionality in the Educational Experiences of Undocumented Chicana College Students." *Educational Foundations*, 2010: 96.
- Pérez Lledó, Juan Antonio. "Critical Legal Studies y el Comunitarismo." *DOXA* 17-18, 1995: 164.
- . *El Movimiento Critical Legal Studies*. Madrid: Tecnos, 1996.
- Pierre Bourdieu. *Homo Academicus*. París: Editions de Minuit, 1984.
- Prakash Sinha, Surya. *Jurisprudence - Legal Philosophy*. St. Paul, MN: West Publishing Co., 1993.
- Proyecto de ley estatutaria que regula el plebiscito para la refrendacion del acuerdo final para la terminacion del conflicto y la construccion de una paz estable y duradera*. Sentencia C-379 (Corte Constitucional de Colombia, agosto 24, 2016).

Puente, Sergio Eduardo Alvarado. *Fortalecimiento de los Jueces para la defensa de los Derechos Humanos*. México D.F.: Flacso México, 2014.

Pulido Callejas, Carlos Eduardo. "La injerencia del realismo jurídico en el proceso penal colombiano." *Pensamiento Penal*, 2015: 96.

Ramírez Cleves, Gonzalo. *Iureamicorum*. noviembre 13, 2008. <http://iureamicorum.blogspot.com.es/2008/11/examen-final-de-filosofia-del-derecho.html>.

—. *Iureamicorum*. marzo 25, 2017. <http://iureamicorum.blogspot.com.es/2017/03/entrevista-mark-tushnet.html>.

Rodolfo Arango. *¿Hay respuestas correctas en el Derecho?* Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999.

Rodríguez Garavito, César. *Dejusticia*. 2003. <https://www.dejusticia.org/responsable/cesar-rodriguez-garavito/>.

Rodríguez Garavito, César. "Libertad y restricción en la decisión judicial (Estudio Preliminar)." In *Libertad y restricción en la decisión judicial*, by Duncan Kennedy, 221. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2005.

Roederer, Christopher, and Darrel Moellendorf. *Jurisprudence*. AA Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2004.

Rojas Soriano, Raúl. *Investigación-Acción en el Aula: Enseñanza-Aprendizaje de la Metodología*. México D.F.: Plaza y Valdés Editores, 2002.

Ruíz Limón, Ramón. *Historia y Evolución del Pensamiento Científico*. México, 2006.

Sagüés, Néstor Pedro. "Las sentencias constitucionales exhortativas." *Estudios Constitucionales*, 2006: 716.

Sánchez Agesta, Luis. *Curso de Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1988.

Sánchez Díaz, Félix Francisco. *Decisión judicial y ciencia jurídica*. Peligros, Granada: Comares, 2002.

Schlag, Pierre. "A brief survey of deconstruction." *Cardozo Law Review*, 2005: 752.

Schneider, Elizabeth M. "Perspectives on Women's Subordination and the Role of Law, in *The Politics of Law: A Progressive Critique*." By Nadine Taub. D. Kairys Ed., 1998.

Schneider, Elizabeth M. "The Dialectic of Rights and Politics: Perspectives from the Women's Movement." *New York University Law Review*, 1986: 589-652.

Schneider, Elizabeth M. "Women, the State, and Welfare." In *Women, the State, and Welfare*, by Linda Gordon, 311. Wisconsin: The University of Wisconsin Press, 1989.

Schofield, William. "Christopher Columbus Langdell." *The American Law Register*, 1907: 608.

Sentencia de tutela en instancia-Carencia de fundamentación legal y fáctica. Sentencia T-299 (Corte Constitucional de Colombia, marzo 25, 2004).

Singer, Joseph William. "The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory." *The Yale Law Journal*, Vol. 94, No. 1, 1984: 238.

Singer, Peter. *Practical Ethics*. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 1993.

SOAS University of London. *SOAS University of London - Official Website*. abril 23, 2017.
<https://www.soas.ac.uk/courseunits/15PLAH053.html>.

Soto, Estuardo Anaya. "Los Critical Legal Studies y la Educación Jurídica." *Revista Académica Universidad de la Salle*, 2013: 300.

Sparer, Ed. "Fundamental Human Rights, Legal Entitlements, and the Social Struggle: A Friendly Critique of the Critical Legal Studies Movement." *Stanford Law Review*, 1984: 674.

Teoría jurídica-Existencia, validez y eficacia social/Teoría realista-Existencia de la norma/Norma-Condiciones básicas de existencia. Sentencia C-873 (Corte Constitucional de Colombia, septiembre 30, 2003).

The Harvard Law Review Association. "'Round and 'Round the Bramble Bush: From Legal Realism to Critical Legal Scholarship." *Harvard Law Review*, 1982: 1690.

The Harvard Law Review Association. "Round and Round the Bramble Bush: from Legal realism to Critical Legal Studies." *Harvard Law Review* 95, 1982: 1715.

Torres, Sebastián Escobar, Luis Mario Hernández Vargas, and Cristhian Miguel Salcedo Franco. "El juez constitucional como garante de los derechos sociales en Colombia: Una mirada crítica al activismo judicial de la Corte Constitucional colombiana." *Universitas Estudiantes*, 2013: 336.

Tushnet, Mark. "Critical Legal Studies and Constitutional Law: An Essay in Deconstruction." *Stanford Law Review*, 1984: 590.

Tushnet, Mark. "Critical Legal Studies: A Political History." *The Yale Law Journal*, 1991: 1544.

Universidad de los Andes. "YouTube." mayo 7, 2010.
<https://youtu.be/rx3lvTqeYGQ>.

Valdés, Francisco . "Under Construction--LatCrit Consciousness, Community, and Theory." *California Law Review*, 1997: 559.

Van Hoecke, Mark. "Doctrina jurídica: ¿qué métodos(s) para qué tipo de disciplina?" *Ciencia Jurídica - Universidad de Guanajuato*, 2014: 148.

Villegas, Mauricio García. *Forma y Sustancia en la Adjudicación de Derecho Privado*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, 2001.

Walker, Elaine M. "Race, Class, and Cultural Reproduction: Critical Theories in Urban Education." *Revista electrónica de investigación educativa*, Vol. 5, N° 2, 2003.

Ward, Ian. *Introduction to Critical Legal Theory*. Nueva York: Routledge-Cavendish, 2006.

Wendy Brown, and Patricia Williams. *La Crítica de los Derechos*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, 2003.

West, Cornel. *Keeping faith: Philosophy and race in America*. Abingdon: Routledge, 2009.

West, Robin. "Feminism, Critical Social Theory and Law." *University of Chicago Legal Forum*, 1989: 420.

Whitehead, Jason E. "From criticism to critique: preserving the radical potential of Critical Legal Studies through a reexamination of Frankfurt School Critical Theory." *Florida State University Law Review*, 1999: 742.

Witto Mättig, Sergio. "Pedagogía universitaria y anverso genealógico. Michel Foucault." *POLIS. Revista Latinoamericana*, 2001.

Zimmerman, Carle C. "El auge de la "intelligentsia": un estudio del nuevo liderazgo social." *Revista de estudios políticos*, 1962: 210.